حاشية رد المحتار

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين

على

الدر المختار : شرح تنوير الأبصار

في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان

ويليه : تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف

وقد وضع الشرح والمتن بأعلا الصحائف

وبأسفل الصحائف تقارير لبعض العلماء

الجزء الرابع

الطبعة الثانية

١٣٨٦ هـ = ١٩٦٦ م

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر

عباس ومحمد محمود الحلبي وشركاهم ـ خلفاء

« مَنْ يُرِد اللهُ بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ فِى الدِّين »
(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحدود

(الحد) لغة المنع . وشرعا (عقوبة مقدرة وجبت حقا لله تعالى) زجرا ، فلا تجوز الشفاعة فيه

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحدود

لما فرغ من الأيمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة ذكر بعدها العقوبات المحضة ، ولولا لزوم التفريق بين العبادات لكان ذكرها بعد الصوم أولى ، لاشتماله على بيان كفارة الفطر المغلب فيها جهة العقوبة نهر وفتح . وهى ستة أنواع : حد الزنا ، وحد شرب الخمر خاصة ، وحد السكر من غيرها والكمية متحدة فيهما ، وحد القذف ، وحد السرقة ، وحد قطع الطريق ابن كمال (قوله الحد لغة) فى بعض النسخ : هو لغة ، فالضمير عائد على الحد المفهوم من الحدود (قوله المنع) ومنه سمى البواب والسجان حدادا لمنع الأول من الدخول والثانى من الخروج ؛ وسمى المعرف للماهية حدا لمنعه من الدخول والخروج . وحدود الدار نهاياتها ، لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها إليه ، وتمامه فى الفتح (قوله عقوبة) أى جزاء بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل ؛ سمى بها لأنها تتلو الذنب ، من تعقبه : إذا تبعه قهستانى (قوله مقدرة) أى مبينة بالكتاب أو السنة أو الإجماع قهستانى أو المراد لها قدر خاص ، ولذا قال فى النهر مقدرة بالموت فى الرجم وفى غيره بالأسواط الآتية اه أى وبالقطع الآتى (قوله حقا لله تعالى) لأنها شرعت لمصلحة تعود إلى كافة الناس من صيانة الأنساب والأموال والعقول والأعراض (قوله زجرا) بيان لحكمها الأصلى ، وهو الانزجار عما يتضرر به العباد من أنواع الفساد ، وهو وجه تسميتها حدودا ؛ قال فى الفتح : والتحقيق ماقال بعض المشايخ : إنها موانع قبل الفعل ، زواجر بعده : أى العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل ، وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه (قوله فلا تجوز الشفاعة فيه) تفريع على قوله تجب(١) الخ ؛ قال فى الفتح :

(١) (قوله تفريع على قوله تجب) هكذا بخطه بالمضارع ، والذى فى المتن : ويأتى له بعد ذلك وجب بالماضى والخطب سهل اه مصححه .

بعد الوصول للحاكم ، وليس مطهرا عندنا بل المطهر التوبة . وأجمعوا أنها لاتسقط الحد فى الدنيا (فلا تعزير) حدّ لعدم تقديره (ولا قصاص حد) لأنه حق المولى . والزنا) الموجب للحد (وطء) وهو إدخال

فإنه طلب ترك الواجب ، ولذا أنكر صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع فى المخزومية التى سرقت فقال « أتشفع فى حدّ من حدود الله؟ » (قوله بعد الوصول للحاكم) وأما قبل الوصول إليه والثبوت عنده فتجوز الشفاعة عند الرافع له إلى الحاكم ليطلقه ، لأن وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت ، فالوجوب لايثبت بمجرد الفعل بل على الإمام عند الثبوت عنده كذا فى الفتح . وظاهره جواز الشفاعة بعد الوصول للحاكم قبل الثبوت عنده ، وبه صرح ط عن الحموى(قوله بل المطهر التوبة) فإذا حد ولم يتب يبقى عليه إثم المعصية . وذهب كثير من العلماء إلى أنه مطهر ، وأوضح دليلنا فى النهر .

مطلب التوبة تسقط الحد قبل ثبوته

(قوله وأجمعوا الخ) الظاهر أن المراد أنها لاتسقط الحد الثابت عند الحاكم بعد الرفع إليه ،أما قبله فيسقط الحد بالتوبة حتى فى قطاع الطريق سواء كان قبل جنايتهم على نفس أو عضو أو مال أو كان بعد شيء من ذلك كما سيأتى فى بابه ،وبه صرح فى البحر هنا خلافا لما فى النهر ، نعم يبقى عليهم حق العبد من القصاص إن قتلوا والضمان إن أخذوا المال ؛ وقول البحر : والقطع إن أخذوا المال سبق قلم ، وصوابه والضمان .

والحاصل أن بقاء حق العبد لاينافى سقوط الحد ،وكأنه فى النهر توهم أن الباقى هو الحد وليس كذلك فافهم . وفى البحر عن الظهيرية : رجل أتى بفاحشة ثم تاب وأناب إلى الله تعالى فإنه لايعلم القاضى بفاحشته لإقامة الحد عليه لأن الستر مندوب إليه اهـ . وفى شرح الأشباه للبيرى عن الجوهر :رجل شرب الخمر وزنى ثم تاب ولم يحد فى الدنيا هل يحد له فى الآخرة ؟ قال : الحدود حقوق الله تعالى إلا أنه تعلق بها حق الناس وهو الانزجار ، فإذا تاب توبة نصوحا أرجو أن لايحد فى الآخرة فإنه لايكون أكثر من الكفر والردة وإنه يزول بالإسلام والتوبة (قوله فلا تعزير حد) تعزير ، اسم لا مبنى معها على الفتح وحد خبرها ، وكذا قوله ولا قصاص حد ،وقدر الشارح خبرا للأول لأن الخبر المذكور مفرد لايصلح خبرا لهما لكنه مصدر للجنس فيصلح لهما ،والخطب فى ذلك سهل . ثم إن الأول مفرع على قوله مقدرة ،والثانى على قوله وجبت حقا لله تعالى ،وقوله لعدم تقديره :أى تقدير التعزير أى كل أنواعه لأن المقدر بعضها وهو الضرب ، على أن الضرب وإن كان أقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون لكن مابين الأقل والأكثر ليس بمقدر كما أفاده فى البحر .

مطلب أحكام الزنا

(قوله والزنا) بالقصر فى لغة أهل الحجاز فيكتب بالياء ،وبالمد فى لغة أهل نجد فيكتب بالألف . بدأ بالكلام عليه لأنه لصيانة النسل فكان راجعا إلى الوجود وهو الأصل ولكثرة وقوع سببه مع قطعيته ، بخلاف السرقة فإنها لاتكثر كثرته ، والشرب وإن كثر فليس حده بتلك القطعية نهر وفتح .

مطلب الزنا شرعا لايختص بما يوجب الحد بل أعم

(قوله الموجب للحد)قيد به لأن الزنا فى اللغة والشرع بمعنى واحد،وهو وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهته ، فإن الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد بل بما هو أعم ، والموجب للحد بعض أنواعه . ولو وطئ جارية ابنه لايحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا ، فدل على أن فعله زنا وإن كان لايحد به ، وتمامه فى الفتح . وبه علم

قدر حشفة من ذكر (مكلف) خرج الصبي والمعتوه (ناطق) خرج وطء الأخرس ، فلا حد عليه مطلقا للشبهة ؛ وأما الأعمى فيحد للزنا بالإقرار لابالبرهان شرح وهبانية (طائع فى قبل مشتهاة) حالا أو ماضيا خرج المكره والدبر ونحو الصغيرة (خال عن ملكه) أى ملك الواطئ (وشبهته) أى فى المحل لافى الفعل ، ذكره ابن الكمال ؛ وزاد الكمال (فى دار الإسلام) لأنه لاحد بالزنا فى دار الحرب (أو تمكينه من ذلك) بأن استلقى

أن مافى الكنز وغيره من تعريف الزنا بما مر تعريف للشرعى الأعم ؛ فلا يعترض عليه بترك القيود التى ذكرها المصنف هنا لأنه تعريف للأخص الموجب للحد؛ على أن القيود المذكورة خارجة عن الماهية لأنها شروط لإجراء الحكم كما فى النهر تأمل (قوله قدر حشفة) أى حشفة أو قدرها ممن كان مقطوعها ، لكن صرح بالخفى وسكت عن الظاهر لعلمه بالأولى اختصارا ، أو أقحم لفظ قدر لإفادة التعميم لا للاحتراز عن نفس الحشفة ، فإيلاج بعضها غير موجب للحد لأنه ليس وطئا ولذا لم يوجب الغسل ولم يفسد الحج كما فى الجوهرة ، وأشار بسكوته عن الإنزال إلى أنه غير شرط (قوله مكلف) أى عاقل بالغ ، ولم يقل مسلم لأنه غير شرط فى حق الجلد (قوله مطلقا) سواء ثبت عليه بإقراره بالإشارة أو ببينه كما فى البحر وغيره (قوله لابالبرهان) ذكر ابن الشحنة فى شرح الوهبانية أنه رآه فى نسخته الخانية ، وذكر أن المصنف : يعنى ابن وهبان خص ذلك بالأخرس ؛

أقول : الذى رأيته فى نسختين من الخانية هكذا : ولو أقر الأخرس بالزنا أربع مرات فى كتاب كتبه أو إشارة لايحد ، ولو شهد عليه الشهود بالزنا لاتقبل . الأعمى إذا أقر بالزنا فهو بمنزلة البصير فى حكم الإقراراه ؛ فقوله ولو شهد عليه الشهود الخ إنما ذكره فى الأخرس لافى الأعمى ، خلافا لما رآه ابن الشحنة فى نسخته فإنه غلط لقول الفتح والبحر : بخلاف الأعمى صح إقراره والشهادة عليه ، ومثله فى التتارخانية عن المضمرات ، وبه جزم فى شرح الوهبانية للشرنبلالى وشرح الكنز للمقدسى (قوله فى قبل) متعلق بوطء (قوله أو ماضيا) أدخل به العجوز الشوهاء ، فإنها وإن لم تكن مشتهاة فى الحال لكنها كانت مشتهاة فيما مضى (قوله خرج المكره) أى بقيد طائع والدبر بقيد قبل ، وهذا بناء على قول الإمام من أنه لاحد باللواطة ، أما على قولهما من أنه يحد بفعل ذلك فى الأجانب فيدخل فى الزنا ، وسيأتى فى الباب الآتى (قوله ونحو الصغيرة) هو الميتة والبهيمة ح . وهذا خرج بقيد مشتهاة والمراد الصغيرة ونحوها ، فإقحام لفظ نحو لقصد التعميم كما مر آنفا ، ونظيره على أحد الاحتمالات قولهم : مثلك لايبخل (قوله خال عن ملكه) أى ملك يمينه وملك نكاحه ، وهو صفة لقبل ط أو صفة لوطء (قوله وشبهته) أى شبهة ملك اليمين وملك النكاح . فالأولى كوطء جارية مكاتبه أو عبده المأذون المديون ، أو جارية المغنم بعد الإحراز بدارنا فى حق الغازى . والثانية كتزوج امرأة بلا شهود أو أمة بلا إذن مولاها ، أو تزوج العبد بلا إذن مولاه حموى عن المفتاح ط (قوله أى فى المحل) ويقال لها شبهة ملك وشبهة حكمية كوطء جارية ابنه ط (قوله لافى الفعل) وتسمى شبهة اشتباه كوطء معتدة الثلاث ؛

وحاصله أن شرط كون الوطء زنا خلوه عن شبهة المحل لأنها توجب نفى الحد وإن لم يظن حله ، بخلاف شبهة الفعل فإنها لاتنفيه مطلقا ، بل إن ظن الحل ؛ أما إن لم يظنه فلا ، ولذا خصص الأولى بالإرادة مع أنه لو أريد خلوه عما يعم شبهة الفعل بقيد ظن الحل فيها صح أيضا أفاده السيد أبو السعود (قوله فى دار الإسلام) مفعول زاد وهذا القيد يومئ إليه قولهم وأين هو ، وكذا قولهم فى الباب الآتى لاحد بالزنا فى دار الحرب والبغى . وعليه فكان الأولى أن يقول فى دار العدل ليخرج دار البغى أيضا ، وهذا إذا لم يزن داخل العسكر الذى فيه السلطان أو نائبه المأذون له بإقامة الحد ، وإلا فإنه يحد كما سيأتى هناك (قوله أو تمكينه) بالرفع عطف على وطء وأو للتقسيم

فقعدت على ذكره فإنهما يحدان لوجود التمكين (أو تمكينها) فإن فعلها ليس وطئا بل تمكين فتم التعريف ، وزاد فى المحيط : العلم بالتحريم ، فلو لم يعلم لم يحد للشبهة . ورده فى فتح القدير بحرمته فى كل ملة .

والتنويع واسم الإشارة للوطء ط (قوله فقعدت على ذكره) أى واستدخلته بنفسها (قوله أو تمكينها) لما كانت المرأة تحد حد الزنا وقد سماها الله تعالى زانية فى قوله — الزانية والزانى — علم أنها تسمى زانية حقيقة ، ولا يلزم من كونها لا تسمى واطئة أنها زانية مجازا فلذا زاد فى التعريف تمكينها حتى يدخل فعلها فى المعرف وهو الزنا الموجب للحد ، فلو لم يكن تمكينها زنا حقيقة لما احتيج إلى إدخاله في التعريف ، وهو أيضا أمارة كونها زانية حقيقة وإن لم تكن واطئة ، كما أن الرجل يسمى زانيا حقيقة بالتمكين وإن لم يوجد منه الوطء حقيقة ، وبه سقط مافى البحر من أن تسميتها زانية مجاز فافهم (قوله فتم التعريف) تعريض بصاحب الكنز وغيره حيث عرفوه بالتعريف الأعم ، وتقدم جوابه تأمل (قوله وزاد فى المحيط الخ) حيث قال إن من شرائطه العلم بالتحريم ، حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة . وأصله ما روى سعيد بن المسيب أن رجلا زنى باليمن فكتب فى ذلك عمر رضى الله تعالى عنه : إن كان يعلم أن الله حرم الزنا فاجلدوه ، وإن كان لايعلم فعلموه ، فإن عاد فاجلدوه ، ولأن الحكم فى الشرعيات لايثبت إلا بعد العلم ، فإن كان الشيوع والاستفاضة فى دار الإسلام أقيم مقام العلم ، ولكن لا أقل من إيراث شبهة لعدم التبليغ اه . وبه علم أن الكون فى دار الإسلام لايقوم مقام العلم فى وجوب الحد كما هو قائم مقامه فى الأحكام كلها ح عن البحر (قوله ورده فى فتح القدير) أى فى الباب الآتى بأن الزنا حرام فى جميع الأديان والملل ؛ فالحربى إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال يحد ولا يلتفت إليه ، وإن كان فعله أول يوم دخوله فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلى أنه لايعلم حرمة الزنا لايحد لانتفاء شرط الحد اه وأقره فى البحر والنهر والمنح والمقدسى والشرنبلالى . ونازع فيه ط بما مر عن عمر وبأن الحرمة الثابتة فى كل ملة لاتنافى أن بعض الناس يجهلها . كيف والباب تقبل فيه الشبهات . وأما مسألة الحربى فلعلها على قول من لايشترط العلم اه .

قلت : وكذا نازع فيه المحقق ابن أمير حاج فى آخر شرحه على التحرير فى بحث الجهل حيث قال بعد نقله مامر عن المحيط غير أن ظاهر قول المبسوط عقب هذا الأثر : فقد جعل ظن الحل فى ذلك الوقت شبهة لعدم اشتهار الأحكام يشير إلى أن هذا الظن فى هذا الزمان لايكون شبهة معتبرة لاشتهار الأحكام فيه ، ولكن هذا إنما يكون مفيدا للعلم بالنسبة إلى الناشىء فى دار الإسلام . والمسلم المهاجر المقيم بها مدة يطلع فيها على ذلك ، فأما المسلم المهاجر الواقع منه ذلك فى فور دخوله فلا . وقد قال المصنف : يعنى الكمال فى شرح الهداية : ونقل فى اشتراط العلم بحرمة الزنا إجماع الفقهاء ، وهو مفيد أن جهله يكون عذرا ، وإذا لم يكن عذرا بعد الإسلام ولا قبله فمتى يتحقق كونه عذرا ؟ وحينئذ فالفرع المذكور : أى فرع الحربى هو المشكل فليتأمل اه .

قلت : قد يجاب بأن العلم بالحرمة شرط فيمن ادعى الجهل بها وظهر عليه أمارة ذلك ، بأن نشأ وحده فى شاهق أو بين قوم جهال مثله لايعلمون تحريمه أو يعتقدون إباحته إذ لاينكر وجود ذلك ، فمن زنى وهو كذلك فى فور دخوله دارنا لاشك فى أنه لايحد ، إذ التكليف بالأحكام فرع العلم بها وعلى هذا يحل مافى المحيط . وما ذكر من نقل الإجماع بخلاف من نشأ فى دار الإسلام بين المسلمين أو فى دار أهل الحرب المعتقدين حرمته ثم دخل دارنا فإنه إذا زنى يحد ولا يقبل اعتذاره بالجهل . وعليه يحمل فرع الحربى ويزول عنه الإشكال ، وهو أيضا محمل كلام الكمال وبه يحصل التوفيق ، وهو أولى من شق العصا والتفريق ، هذا ماظهر لى ، والله سبحانه وتعالى أعلم

(ويثبت بشهادة أربعة) رجال (فى مجلس واحد) فلو جاءوا متفرقين حدوا (ب)لفظ (الزنا لا) مجرد لفظ (الوطء والجماع) وظاهر الدرر أن مايفيد معنى الزنا يقوم مقامه (ولو) كان (الزوج أحدهم إذا لم يكن) الزوج (قذفها) ولم يشهد بزناها بولده للتهمة ، لأنه يدفع اللعان عن نفسه فى الأولى ويسقط نصف المهر لو قبل الدخول أو نفقة العدة لو بعده فى الثانية ظهيرية (فيسألهم الإمام عنه ماهو) أى عن ذاته وهو الإيلاج عينى (وكيف هو

(قوله ويثبت) أى الزنا عند القاضى ، أما ثبوته فى نفسه فبإيجاد الإنسان له لأنه فعل حسى نهر (قوله رجال) لأنه لامدخل لشهادة النساء فى الحدود ، وقيد بذلك من إدخال التاء فى العدد كما هو الواقع فى النصوص (قوله فلو جاءوا متفرقين حدوا) أى حد القذف ، ولو جاءوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضى واحد بعد واحد قبلت شهادتهم ، وإن كانوا خارج المسجد حدوا جميعا بحر عن الظهيرية ، وعبر بالمسجد لأنه محل جلوس القاضى يعنى أن اجتماعهم يعتبر فى مجلس القاضى لا خارجه ، فلو اجتمعوا خارجه ودخلوا عليه واحدا بعد واحد فهم متفرقون فيحدون (قوله بلفظ الزنا) متعلق بشهادة ، فلو شهد رجلان أنه زنى وآخران أنه أقر بالزنا لم يحد ، ولا تحد الشهود أيضا إلا إذا شهد ثلاثة بالزنا والرابع بالإقرار به فتحد الثلاثة ظهيرية ، لأن شهادة الواحد بالإقرار لاتعتبر فبقى كلام الثلاثة قذفا بحر (قوله لامجرد لفظ الوطء والجماع) لأن لفظ الزنا هو الدال على فعل الحرام دونهما ، فلو شهدوا أنه وطئها وطئا محرما لايثبت بحر : أى إلا إذا قال وطئا هو زنا . والظاهر أنه يكفى صريحه من أى لسان كان كما صرح به فى الشرنبلالية فى حد القذف ، فإنه يشترط فيه صريح الزنا كما هنا تأمل (قوله وظاهر الدرر الخ) ونصها أى بشهادة ملتبسة بلفظ الزنا لأنه الدال على فعل الحرام أو مايفيد معناه ، وسيأتى بيانه اهـ .

ولا يخفى أنها محتملة أن يكون قوله أو مايفيد معناه عطفا على الضمير فى قوله لأنه الدال ، يعنى أن الدال على فعل الحرام لفظ الزنا أو مايفيد معناه ، وليس ذلك صريحا فى أن مايفيد معناه تصح الشهادة به ، نعم ظاهر العبارة عطفه على لفظ الزنا ، لكن قوله وسيأتى بيانه أراد به كما قاله بعض المحشين ماذكره فى التعزير من أن حد القذف يجب بصريح الزنا أو بما هو فى حكمه بأن يدل عليه اللفظ اقتضاء كقوله فى غضب لست لأبيك أو بابن فلان أبيه اهـ وأنت خبير بأن هذا لايتأتى هنا فهذا يؤيد ماقلنا من العطف على الضمير فافهم . ثم إنه لولم يبينه بما ذكر فى التعزير أمكن حمله على أن المراد به ماكان صريحا فيه من لغة أخرى فافهم (قوله لأنه يدفع اللعان عن نفسه) بيان للتهمة وعليه لوكان قذف أحدهم الرجل لم تقبل شهادته لما ذكر فى الزوج ، أفاده فى البحر (قوله ويسقط نصف المهر) أى يسقط الزوج بهذه الشهادة لتضمنها مجىء الفرقة من قبلها حيث كانت مطاوعة لولده ، وأما بعد الدخول فلا يسقط شىء من المهر بمطاوعتها له بل تسقط النفقة لنشوزها (قوله ظهيرية) ومثله فى البحر عن المحيط بزيادة وتحد الثلاثة ولايحد الزوج (قوله فيسألهم الإمام الخ) أى وجوبا . وقال قاضيخان : ينبغى أن يسألهم در منتقى . والظاهر أن ينبغى بمعنى يجب لأن هذا البيان شرط لإقامة الحد . قال فى الفتح بعد ماصرح بالوجوب : ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم إنهما زنيا لايحد المشهود عليه ولا الشهود ، وتمامه فيه (قوله أى عن ذاته وهو الإيلاج) تفسير للماهية المعبر عنها بما هو ، وظاهر كلامهم أنه ليس المراد بالماهية الحقيقية الشرعية المارة كما فى البحر ، لكن ذكر فى الفتح فائدة سؤاله عن الماهية أن الشاهد عساه يظن أن مماسة الفرجين حراما زنا أو أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا . قال فى النهر : وهو ظاهر فى أن المراد بماهيته حقيقته الشرعية ، إلا أن هذا يستلزم الاستغناء عن الكيفية والمكان لتضمن التعريف ذلك ، فهو من عطف الخاص على العام اهـ .

قلت : الاستغناء مدفوع لأن الماهية بيان حقيقة الزنا من حيث هو ، وأما الكيفية والمكان وغيرهما فهى

وأين هو ومتى زنى وبمن زنى) لجواز كونه مكرها أو بدار الحرب أو فى صباه أو بأمة ابنه ، فيستقصى القاضى احتيالا للدرء (فإن بينوه وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة) هو زيادة بيان احتيالا للدرء (وعدلوا سرا وعلنا) إذا لم يعلم بحالهم (حكم به) وجوبا ، وترك الشهادة به أولى مالم يكن متهتكا فالشهادة أولى نهر .
(ويثبت) أيضا (بإقراره)

فى هذا الزنا الزنا الخاص المشهود به ، فيسألهم عن ذلك ليعلم أن هذا الخاص تحققت فيه الماهية الشرعية احتياطا فى درء الحد فتدبر (قوله لجواز كونه مكرها الخ) بيان لقوله وكيف هو على طريق الترتيب . والأولى أن يقول بإكراه لأن الضمير عائد على الزنا لأنه المسئول عنه لا على الزانى (قوله أو فى صباه) وكذا يحتمل أن يكون بعد بلوغه لكن فى زمان متقادم كما فى الفتح وغيره ، وسيأتى حد التقادم (قوله أو بأمة ابنه) أى ونحوها ممن لا يحد بوطئها كأمته وزوجته . قال فى الفتح : وقياسه فى الشهادة على زنا المرأة أن يسألهم عمن زنى بها من هو للاحتمال المذكور وزيادة كونه صبيا أو مجنونا فإنها لا حد عليها فيه عند الإمام (قوله هو زيادة بيان) أى لأنه يغنى عنه بيان الماهية مع أن ظاهر كلامهم أن الحكم موقوف عـلى بيانه كما فى البحر ، وأشار إلى أن الضمير فى بينوه عائد إلى المذكور من الأوجه المسئول عنها كما يؤخذ من عبارة القدورى ، خلافا لما فى بعض الشروح من أن قوله وقالوا الخ بيان لقوله وبينوه لأنه بمجرد القول المذكور لا يتم البيان كما فى النهر (قوله وعدلوا سرا وعلنا) السر بأن يبعث القاضى ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز به كل واحد منهم لمن يعرفه ، فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة . والعلانية بأن يجمع القاضى بين المزكى والشاهد ويقول هذا الذى زكيته يعنى سرا ، ولم يكتف هنا بظاهر العدالة اتفاقا ، بأن يقال هو مسلم ليس بظاهر الفسق احتيالا للدرء ، بخلاف سائر الحقوق عند الإمام . قالوا : ويحبسه هنا حتى يسأل عن الشهود بطريق التعزير ، بخلاف الديون فإنه لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة ، وتمامه فى البحر . واعترضه بأنه يلزم الجمع بين الحد والتعزير .

قلت : وفيه نظر لأنه بهذه الشهادة صار متهما ، والمتهم يعزر والحد لم يثبت بعد ، على أنه لا مانع من اجتماعهما بدليل ما يأتى من أنه لا يجمع بين جلد ونفى إلا سياسة وتعزيرا فتدبر (قوله إذا لم يعلم بحالهم) أما لو علم عدالتهم لا يلزمه السؤال لأن علمه أقوى من الحاصل له من المزكى ، ولولا إهدار الشرع إقامة الحد بعلمه لكان يحده بعلمه كما فى الفتح ، قيل والاكتفاء بعلمه هنا مبنى على أنه يقضى بعلمه وهو خلاف المفتى به . قال ط : وفيه أن القضاء هنا بالشهادة لا بعلمه بالعدالة فتأمل (قوله حكم به) أى بالحد ، وهذا إذا لم يقر المشهود عليه كما يأتى (قوله مالم يكن متهتكا) من هتك زيد الستر هتكا من باب ضرب : خرقه ، وهتك الله ستر الفاجر فضحه مصباح . قال فى الفتح بعد سوقه الأحاديث الدالة على ندب الستر : وإذا كان الستر مندوبا إليه ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التى مرجعها إلى كراهة التنزيه ، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتده ولم يتهتك به وإلا وجب كون الشهادة أولى لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصى والفواحش ، بخلاف من زنى مرة أو مرارا متسترا متخوفا اهـ ملخصا .

بقى لو كان أحدهما متهتكا دون الآخر ، وظاهر التعليل المذكور أن الشهادة أولى لأن درء المفاسد مقدم تأمل (قوله ويثبت أيضا بإقراره) عطف على قوله ويثبت بشهادة أربعة ، وقدم الأول لأنه المذكور فى القرآن ولأن الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولأنها حجة متعدية الإقرار قاصرة ، كذا فى الفتح والبحر ، لكن قوله ولا بالتقادم مخالف لما قدمناه ، ولما سيأتى فى باب الشهادة على الزنا .

ثم رأيت الرملى نبه على ذلك فى حاشية المنح فقال : المقرر أن التقادم يمنعها دون الفرار ، وكما يمنع التقادم

صريحا صاحيا ، ولم يكذبه الآخر ، ولا ظهر كذبه بجبة أو رتقها ، ولا أقر بزناه بخرساء أو هى بأخرس لجواز إبداء مايسقط الحد ؛ ولو أقر به أو بسرقة فى حال سكره لاحد ؛ ولو سرق أو زنى حد لأن الإنشاء لا يحتمل التكذيب والإقرار يحتمله نهر (أربعا فى مجالسه) أى المقر (الأربعة كلما أقر رده) بحيث لايراه (وسأله كما مر) حتى عن المزنى بها لجواز بيانه بأمة ابنه نهر (فإن بينه) كما يحق (حد) فلا يثبت بعلم

قبولها فى الابتداء فكذا يمنع الإقامة بعد القضاء (قوله صريحا) أخرج به إقرار الأخرس بكتابة أو إشارة فلا يحد للشبهة بعدم الصراحة ، بخلاف الأعمى فإنه يصح إقراره والشهادة عليه بحر ، وقد مر (قوله صاحيا) احتراز عن السكر كما يأتى (قوله ولم يكذبه الآخر) فلو أقر بالزنا بفلانه فكذبته درئ الحد عنه سواء قالت تزوجنى أو لا أعرفه أصلا ، وعليه المهر إن ادعته المرأة ، وإن أقرت بالزنا بفلان فكذبها فلا حد عليها أيضا عنده خلافا لهما فى المسألتين بحر (قوله أو رتقها) بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد لأن إخبارهن بالرتق يوجب شبهة فى شهادة الشهود بحر (قوله لجواز إبداء مايسقط الحد) أى من الخرساء أو الأخرس على تقدير عدم الخرس .

واستشكل مالو أقرأنه زنى بغائبة فإنه يحد قبل حضورها مع احتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها إذا حضرت فيحتاج إلى الفرق .

قلت : يؤخذ جوابه مما فى الجوهرة من أن القياس عدم الحد فى الثانية لجواز أن تحضر فتجحد فتدعى حد القذف أو تدعى نكاحها فتطلب المهر ، وفى حده إبطال حقها ، والاستحسان أن يحد لحديث ماعز فإنه حد مع غيبة المرأة اهـ .

والحاصل أن القياس عدم الفرق بين المسألتين ، ولكنه حد فى الثانية على خلاف القياس للحديث وهذا أولى مما أجاب به بعضهم من أن الزيلعى علل الثانية بأن حضور الغائبة ودعواها النكاح شبهة واحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة ، والمعتبر هو الشبهة دون شبهة الشبهة ، لما أورد عليه من أنه فى المسألة الأولى كذلك .

قلت : وقد يفرق بينهما بأن نفس الخرس شبهة محققة مانعة بخلاف الغيبة ، ولذا لو أقر بالزنا بمن لا يعرفها فإنه يحد . قال فى الفتح لأنه أقر بالزنا ولم يذكر مسقطا لأن الإنسان لايجهل زوجته وأمته اهـ . فعلم أن الغائبة إنما حد فيها لأنه لم يبد مسقطا ، بخلاف الخرساء فإن الخرس نفسه مسقط للعلة المذكورة (قوله فى حال سكره) متعلق بأقر (قوله ولو سرق أو زنى) أى فى حال سكره وثبت ذلك بالبينة (قوله لأن الإنشاء) أى إنشاء الزنا أو السرقة المعاين للشهود فى حال سكره لايحتمل التكذيب فيحد ، بخلاف إقراره بذلك فى حال سكره (قوله أربعا فى مجالسه) ولو كل شهر مرة ، أما لو أقر أربعا فى مجلس واحد كان بمنزلة إقرار واحد كما فى النهر (قوله أى المقر) وقيل مجالس القاضى ، والأول أصح . وفسر محمد تفرق المجلس بأن يذهب المقر عنه بحيث يتوارى عن بصر القاضى . وظاهر قوله فى الهداية لابد من اختلاف المجالس ، وهو أن يرده القاضى كلما أقر فيذهب حتى لايراه أن اختلاف المجالس لايكون إلا برده نهر (قوله كلما أقر رده) فيه تسامح كما قال صدر الشريعة لأنه فى الرابعة لا يرده ، ومن ثم قال فى الإصلاح إلا الرابعة نهر (قوله سأله كما مر) أى سؤالا مماثلا لما مر ، وهذا السؤال بعد الرابعة كما فى الكافى ، وذكر أنه يسأل عن عقله وعن إحصانه (قوله حتى عن المزنى بها الخ) سقط لفظ حتى من بعض النسخ ولابد منه لأن مراده إفادة أنه لابد من السؤال عن الخمسة المارة ، وصرح بالمزنى بها ردا على ابن الكمال حيث قال : لك أن تقول إنه لاحاجة إليه ، لكن كان عليه التصريح بالزمان أيضا لأنه قيل لا يلزم لأن التقادم يمنع الشهادة دون الإقرار . ورد بأن فائدته احتمال أنه زنى فى حال صباه (قوله فلا يثبت الخ) تفريع على مافهم

القاضى ولا بالبينة على الإقرار ؛ ولو قضى بالبينة فأقر مرة لم يحد عند الثانى وهو الأصح ؛ ولو أقر أربعا بطلت الشهادة إجماعا سراج .

(ويخلى سبيله إن رجع عن إقراره قبل الحد أو فى وسطه ولو) رجوعه (بالفعل كهروبه) بخلاف الشهادة (وإنكار الإقرار رجوع ، كما أن إنكار الردة توبة) كما سيجىء (وكذا يصح الرجوع عن الإقرار بالإحصان) لأنه لما صار شرطا للحد صار حقا لله تعالى ، فصح الرجوع عنه لعدم المكذب بحر (و) كذا عن (سائر الحدود الخالصة) لله كحد شرب وسرقة وإن ضمن المال .

(وندب تلقينه) الرجوع بـ(لعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة) لحديث ماعز .

(ادعى الزانى أنها زوجته سقط الحد عنه وإن) كانت (زوجة للغير) بلا بينة (ولو تزوجها بعده) أى بعد زناه (أو اشتراها لا) يسقط فى الأصح لعدم الشبهة وقت الفعل بحر .

(ويرجم محصن فى فضاء حتى يموت)

من حصر ثبوته بأحد شيئين الشهادة بالزنا أو الإقرار به ، وقوله ولا بالبينة على الإقرار بيان لفائدة تقييد الشهادة بأن تكون على الزنا. ووجهه كما فى الزيلعى أنه إن كان منكرا فقد رجع ، وإن كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الإقرار (قوله ولو قضى بالبينة) أى البينة على الزنا لا على الإقرار (قوله فأقر مرة) أو مرتين نهر . والظاهر أن الثلاث كذلك ، وقيد بما بعد القضاء لأنه لو أقر قبله يسقط الحد بالاتفاق كما صرح به فى الفتح ، وظاهره ولو أقر مرة واحدة (قوله لم يحد) أى خلافا لمحمد لأن شرط الشهادة عدم الإقرار ففات الشرط قبل العمل بها لأن الإمضاء من القضاء فى الحدود كما يأتى فصار كالأول ، وهو مالو أقر قبل القضاء كما فى الفتح ثم إذا لم يكمل نصاب الإقرار الموجب للحد فلا يحد (قوله بطلت الشهادة) أى وصار الحكم للإقرار فيعامل بموجبه لا بموجب الشهادة (قوله بخلاف الشهادة) أى بخلاف مالو ثبت زناه بالشهادة فهرب فى حال الرجم فإنه يتبع بالحجارة حتى يؤتى عليه بحر عن الحاوى ، وسيأتى أنه لو هرب بعد ماضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ماتقادم الزمان لا يقام (قوله وإنكار الإقرار رجوع) أى إذا قال بعد ماأقر أربعا وأمر القاضى برجمه والله ماأقررت بشىء فإنه يدرأ عنه الحد خانية ، وهذا مكرر مع قوله ويخلى سبيله إن رجع الخ إلا أن يفسر ذلك بقوله رجعت عما أقررت به تأمل (قوله كما سيجىء) أى فى بابها (قوله وكذا يصح الرجوع الخ) أى فلا يحد ، وهذا إذا لم تقم البينة على إحصانه وإلا فيحد كما يأتى متنا قبيل حد الشرب (قوله لعدم المكذب) أى لأنه خبر محتمل للصدق كالإقرار ولا مكذب له فيه فتحقق الشبهة فى الإقرار ، بخلاف مافيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه بحر (قوله كحد شرب وسرقة) فإنه يسقط بالرجوع عن الإقرار بهما كما سيأتى فى بابيهما (قوله وإن ضمن المال) لأنه حق العبد ، فلا يسقط بعد إقراره بسرقته (قوله لحديث ماعز) هو ابن مالك الأسلمى المروى فى البخارى ، فإن فيه تلقينه بما ذكر . قال فى الأصل : ينبغى أن يقول له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة ، والمقصود أن يلقنه مايكون ذكره دارئا ليذكره أيا ما كان ، بحر وفتح (قوله بلا بينة) متعلق بادعى . قال فى البحر : ولا يكلف إقامة البينة كما لو ادعى السارق العين أنها ملكه سقط القطع بمجرد دعواه ، ولهذه المسألة أخوات سنذكرها فى الباب الآتى (قوله لا يسقط فى الأصح) أى إذا ثبت زناه بالبينة ، وكذا لو بالاقرار إذا لم يتقادم ، وستأتى هذه المسألة آخر الباب الآتى (قوله ويرجم محصن) بفتح الصاد ، من أحصن : إذا تزوج ، وهى مما جاء اسم فاعله على لفظ اسم المفعول ، ومنه أسهب فهو مسهب : إذا أطال فى الكلام ، وألفج بالفاء والجيم فهو ملفج : إذا افتقر فتح ملخصا (قوله فى فضاء) هو المكان الواسع لأنه أمكن فى رجمه ولئلا يصيب بعضهم بعضا نهر (قوله حتى يموت) أشار إلى أنه

ويصطفون كصفوف الصلاة لرجمه ، كلما رجم قوم تنحوا ورجم آخرون .

(فلو قتله شخص أو فقأ عينه بعد القضاء به فهدر) وينبغى أن يعذر لافتياته على الإمام نهر (و) لو (قبله) أى قبل القضاء به (يجب القصاص فى العمد والدية فى الخطإ) لأن الشهادة قبل الحكم بها لاحكم لها .

(والشرط بداءة الشهود به) ولو بحصاة صغيرة إلا لعذر كمرض فيرجم القاضى بحضرتهم (فإن أبوا أو ماتوا أو غابوا) أو قطعوا بعد الشهادة (أو بعضهم سقط) الرجم لفوات الشرط ، ولا يحدون فى الأصح (كما لو خرج بعضهم عن الأهلية) للشهادة (بفسق أو عمى أو خرس) أو قذف ولو بعد القضاء لأن الإمضاء من القضاء فى الحدود وهذا لو محصنا ، أما غيره فيحد فى الموت والغيبة كما فى الحاكم (ثم الإمام) هذا ليس حتما كيف وحضوره ليس بلازم قاله ابن الكمال ، وما نقله المصنف عن الكمال رده فى النهر (ثم الناس) أفاد فى النهر أن حضورهم ليس بشرط فرميهم كذلك ، فلو امتنعوا لم يسقط .

لا بأس لكل من رمى أن يتعمد مقتله لأنه واجب القتل إلا أن يكون ذا رحم منه ، فإن الأولى أن لا يتعمده لأنه نوع من قطيعة الرحم قهستانى ، ويأتى تمامه (قوله فهدر) أى لاقصاص فيه او عمدا ولا دية لو خطأ (قوله وينبغى الخ) صرح به فى الفتح فى باب الشهادة على الزنا (قوله لافتياته) افتعال من فات يفوت فوتا وفواتا : قال فى المصباح : وفاته فلان بذراع سبقه بها ، ومنه قيل افتات فلان افتياتا إذا سبق بفعل شىء واستبد برأيه ولم يؤامر فيه من هو أحق منه بالأمر فيه (قوله والشرط بداءة الشهود به) أى بالرجم ، لأنهم قد يتجاسرون على الأداء ثم يستعظمون المباشرة فيرجعون ، وفيه احتيال للدرء كما فى المحيط قهستانى (قوله أو قطعوا بعد الشهادة) وكذا لو مرضوا بعدها قيد به لأنهم لو قطعوا قبلها رمى القاضى بحضرتهم لأنهم إذا كانوا مقطوعى الأيدى لم تستحق البداءة بهم وإن قطعت بعدها فقد استحقت ، وهذا يفيد أن كون البداءة بهم شرطا إنما هو عند قدرتهم على الرجم بحر وفتح ، والمراد القطع بلا جناية مفسقة وإلا خرجوا عن الأهلية (قوله ولا يحدون فى الأصح) لأن امتناعهم ليس صريحا فى رجوعهم وإن كان ظاهرا فيه لامتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال ، وتمامه فى الفتح . ولايخفى أن هذا راجع لقوله فإن أبوا ، أما فى الموت والغيبة فلا شبهة فى أنهم لايحدون ، وإنما سقط الرجم لاحتمال رجوعهم لو حضروا (قوله أو قذف) أى إذا حد به كما قيده فى الفتح (قوله لأن الإمضاء من القضاء) أى إمضاء الحد وإيقاعه بالفعل من القضاء فإذا لم يمضه ثم حصل مانع من العمل أو الشهادة بعد ثبوتها فكأنه لم يحصل القضاء بها أصلا ط (قوله كما فى الحاكم) أى الحاكم الشهيد أى كتابه الكافى . والظاهر أن الميم فى كما زائدة والأصل كافى الحاكم ، وهو كذلك فى بعض النسخ . قال فى الفتح : وفى غير المحصن . قال الحاكم فى الكافى يقام عليه الحد فى الموت والغيبة اه أى موت الشهود وغيبتهم ، وبه سقط ماقيل إن المراد كما فى الحاكم أى كما يحد لو مات الحاكم أو غاب وكيف يصح ذلك مع أن الإمضاء من القضاء كما سمعت ، ولذا قال فى الكافى : وإذا حكم الحاكم بالرجم ثم عزل قبل أن يرجمه وولى غيره لم يحكم بذلك اه فافهم (قوله ثم الإمام) استظهارا فى حقه ، فربما يرى فى الشهود مايوجب درء الحد اه جوهرة (قوله قاله ابن الكمال) لم ينقله ابن الكمال عن أحد ، وهو محتاج إلى النقل ، فإنه خلاف ظاهر المتون (قوله وما نقله المصنف عن الكمال رده فى النهر) يأتى بيان ذلك قريبا (قوله أفاد فى النهر الخ) حيث قال : وفى الدراية : يستحب للإمام أن يأمر طائفة من المسلمين أن يحضروا لإقامة الحدود .

واختلفوا فى عددها ، فعن ابن عباس واحد . وقال عطاء اثنان . والزهرى ثلاثة . والحسن البصرى عشرة اه وهذا صريح فى أن حضورهم ليس شرطا فرميهم كذلك ، فلو امتنعوا لم يسقط اه .

(ويبدأ الإمام لو مقرا) مقتضاه أنه لو امتنع لم يحل للقوم رجمه وإن أمرهم لفوت شرطه فتح ، لكن سيجىء أنه لو قال قاض عدل قضيت على هذا بالرجم وسعك رجمه وإن لم تعاين الحجة : ويكره للمحرم الرجم وإن فعل لايحرم الميراث (وغسل وكفن وصلى عليه)

قلت : وفيه نظر ، فإن هذا ذكروه تفسيرا للطائفة فى قوله تعالى — وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين — والواقع فى الآية الجلد لا الرجم ؛ ولو سلم فالمراد أنه إذا كان عند الإمام من يرجمه ينبغى له أن يأمر غيرهم بأن يحضروا ، لما قالوا من أن مبنى الحد على التشهير ، فالمراد بالناس من يباشر الرجم وحضورهم لابد منه وإلالزم فوات الرجم أصلا فيأثم الجميع (قوله ويبدأ الإمام لو مقرا) أى يبدأ الإمام بالرجم لوكان الزانى مقرا وثبت بإقراره ، لقول على رضى الله تعالى عنه : أيها الناس إن الزنا زناءان : زنا السر و زنا العلانية. فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى ثم الإمام ثم الناس . وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الإمام أول من يرمى ، وتمامه فى الفتح (قوله مقتضاه الخ) قال فى الفتح : واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لايحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم ، وهو منتف برجم ماعز للقطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره :

ويمكن الجواب بأن حقيقة مادل عليه قول على هو أنه يجب على الإمام أمر الشهود بالابتداء احتيالا لثبوت دلالة الرجوع وعدمه ، وأن يبتدئ هو فى صورة الإقرار لينكشف للناس عدم تساهله فى بعض شروط القضاء والحد ، فإذا امتنع ظهرت أمارة الرجوع وامتنع الحد لظهور الشبهة ، وهذا منتف فى حقه عليه الصلاة والسلام فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد ، ومقتضى ماذكر أنه لو بدأ الشهود فيما إذا ثبت بالشهادة يجب أن يثنى الإمام ، فلو لم يثن سقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما اه ملخصا . وقوله ومقتضى ماذكر الخ هو الذى نقله المصنف عن الكمال : ورده فى النهر بأنه إنما يتم لو سلم وجوب حضور الإمام كالشهود وهو غير لازم كما فى إيضاح الإصلاح لابن كمال :

قلت : ماذكره ابن كمال لم يعزه لأحد كما مر ، وماذكره المحقق صاحب الفتح هو ظاهر المتون والدليل ، فلا يعدل عنه إلا بنقل صريح معتبر . ثم رأيت فى الذخيرة مانصه : تجب البداءة من الشهود ثم من الإمام ثم من الناس فافهم (قوله لكن سيجىء الخ) أى فى كتاب القضاء ، وهذا الاستدراك فى غير محله لأنه ليس فى ذلك أن القاضى امتنع من البداءة بالرجم ، بل المراد أن الحاكم إذا ثبت عنده الحد بالحجة : أى بالبينة أو الإقرار وأمر الناس بالرجم لهم أن يرجموا بالشرط المتقدم وإن لم يحضروا مجلس الحكم ولم يعاينوا الحجة ، وقيل لا لفساد الزمان . قال فى غرر الأذكار : والأحسن التفصيل بأن القاضى إذا كان عالما عادلا وجب ائتماره بلا تفحص ، وإن كان عادلا لاجاهلا سئل عن كيفية قضائه ، فإذا أخبر بما يوافق الشرع يؤتمر قوله ، وإن كان ظالما لا يقبل قوله عالما كان أو جاهلا اه (قوله ويكره للمحرم الرجم) كذا فى البحر عن المحيط . وفيه عن الزيلعى وغيره أنه لايقصد مقتله ، فإن بغيره كفاية . وظاهره أنه إذا لم يقصد مقتلا لايكره كما يفيده ماقدمناه عن القهستانى أيضا ، ثم إن محل الكراهة إذا لم يكن المحرم شاهدا :

ففى الجوهرة : لو شهد أربعة على أبيهم بالزنا وجب عليهم أن يبتدئوا بالرجم وكذا الإخوة وذو الرحم ويستحب أن لايتعمدوا مقتلا ، وأما ابن العم فلا بأس أن يتعمد مقتله لأن رحمه لم يكمل فأشبه الأجنبى ، وقوله يستحب الخ يفيد أن الكراهة تنزيهية تأمل (قوله وإن فعل لايحرم الميراث) نص عليه فى كافى الحاكم . قال فى الجوهرة

وصح أنه عليه الصلاة والسلام صلى على الغامدية .

(وغير المحصن يجلد مائة إن حرا ، ونصفها للعبد) بدلالة النص ، والمراد بالمحصنات فى الآية الحرائر ذكره البيضاوى وغيره . وذكر الزيلعى أنه غلب الإناث على الذكور لكنه عكس القاعدة .

(و) العبد (لا يحده سيده بغير إذن الإمام) ولو فعله هل يكفى ؟ الظاهر لا ، لقولهم ركنه إقامة الإمام نهر (بسوط لا عقدة له) . فى الصحاح : ثمرة السوط عقدة أطرافه (متوسطا) بين الجارح وغير المؤلم (ونزع ثيابه خلا إزار) ليستر عورته (وفرق) جلده (على بدنه خلا رأسه ووجهه وفرجه) قيل وصدره وبطنه ؛ ولو جلده فى يوم خمسين متوالية ومثلها فى اليوم الثانى أجزأه على الأصح جوهرة (و) قال على رضى الله تعالى عنه (يضرب الرجل قائما) والمرأة قاعدة (فى الحدود) والتعازير (غير ممدود) على الأرض كما يفعل فى زماننا فإنه لا يجوز نهر

ولو شهد على أبيه بالزنا أو بالقصاص لم يحرم الميراث (قوله وصح أنه عليه الصلاة والسلام صلى على الغامدية) أخرجه الستة إلا البخارى ؛ وأما أنه صلى على ماعز ففيه تعارض ، وتمامه فى الفتح (قوله بدلالة النص) هو قوله تعالى ـ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ـ نزلت فى الإماء . وإذا ثبت فيهن للرق ثبت فى الذكور الأرقاء دلالة إذ لا يشترط فيها أولوية المسكوت عنه بالحكم بل تكفى المساواة نهر (قوله وذكر الزيلعى الخ) فيكون دخول الذكور ثابتا بعبارة النص لا بدلالته (قوله لكنه عكس القاعدة) وهى تغليب الذكور على الإناث . ووجه العكس هنا كما أفاده فى الفتح هو كون الداعية فيهن أقوى ، ولذا قدمت الزانية على الزانى فى الآية (قوله لقولهم ركنه) أى ركن الحد ، وفيه تأمل ، بل الظاهر أن الركن هو الضرب أو الرجم ؛

[تنبيه] فى كافى الحاكم : يقام الحد على العبد إذا أقر بالزنا أو بغيره مما يوجبه وإن كان مولاه غائبا ، وكذا فى القطع والقصاص ، وإن قال بعد عتقه زنيت وأنا عبد لزمه حد العبيد اهـ (قوله فى الصحاح الخ) تفسير لما وقع فى عبارة المتون كالقدورى والكنز وغيرهما بسوط لا ثمرة له إشارة إلى أن ما ذكره المصنف هو المراد بالثمرة لأنه المشهور فى الكتب كما قاله فى معراج الدراية . ورجح فى المغرب أن المراد بها ذنبه . وذكر فى الفتح من رواية أنس « أنه كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به » فالمراد أن لا يضرب وفى طرفه يبس لأنه يجرح أو يبرح فكيف إذا كان فيه عقدة ؛

والحاصل أنه يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذى يصير به ذنبين تعميما للمشترك فى النفى ، ولو تجوّز بالثمرة فيما يشاكل العقد ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا لكان أولى فإنه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا اهـ ملخصا (قوله بين الجارح وغير المؤلم) بأن يكون مؤلما غير جارح ، ولو كان المجلود ضعيف الخلقة فخيف هلاكه يجلد جلدا ضعيفا يحتمله فتح (قوله وفرق جلده الخ) لأن جمعه على عضو واحد قد يفسده وضرب ما استثنى قد يؤدى إلى الهلاك حقيقة أو معنى بإفساد بعض الحواس الظاهرة أو الباطنة (قوله قيل وصدره الخ) قائله بعض المشايخ ، وهو رواية عن أبى يوسف ، وفيه نظر ، بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل فى البطن فكيف بالصدر ؟ نعم إذا فعل بالعصا كما يفعل فى زماننا ببيوت الظلمة ينبغى أن لا يضرب البطن فتح (قوله خمسين متوالية) قيد بالتوالى ليحصل بها الألم ، ولذا : قال فى الجوهرة أيضا : ولا يجوز أن يفرقه فى كل يوم سوطا أو سوطين لأنه لا يحصل به الإيلام (قوله وقال على رضى الله تعالى عنه) لفظه كما فى الفتح عن مصنف عبد الرزاق « يضرب الرجل قائما ، والمرأة قاعدة فى الحدود » اهـ . فقوله والتعازير الخ ليس منه (قوله غير ممدود على الأرض) لأن مبنى الحد على التشهير زجرا للعامة والقيام أبلغ فيه ،

وكذا لايمد السوط لأن المشترك فى النفى يعم ابن كمال (ولا تنزع ثيابها إلا الفرو والحشو ، وتضرب جالسة) لما روينا (ويحفر لها) إلى صدرها (فى الرجم) وجاز تركه لسترها بثيابها و (لا) يجوز الحفر (له) ذكره الشمنى ولا يربط ولايمسك ولو هرب، فإن مقرا لايتبع وإلا اتبع حتى يموت كما مر (ولا جمع بين جلد ورجم) فى المحصن (ولا بين جلد ونفى) أى تغريب فى البكر ، وفسره فى النهاية بالحبس وهو أحسن وأسكن للفتنة من التغريب لأنه يعود على موضوعه بالنقض (إلا سياسة وتعزيرا) فيفوّض للإمام وكذا فى كل جناية نهر (ويرجم مريض زنى

والمرأة مبنى أمرها على الستر ، وإن امتنع الرجل ولم يقف لابأس بربطه بأسطوانة أو يمسك فتح (قوله وكذا لايمد السوط) أفاد أن قوله غير ممدود يحتمل أن يعود إلى السوط أيضا : أى ضربا غير ممدود ، ومد السوط فيه تفسيران : قيل بأن يرفعه الضارب فوق رأسه ، وقيل أن يمده على جسد المضروب بعد وقوعه عليه وفيه زيادة ألم . قال فى الفتح : وكل ذلك لايفعل . فلفظ ممدود معمم فى جميع معانيه لأنه فى النفى فجاز تعميمه اهـ أى فى مد الرجل على الأرض ومد السوط بمعنييه ، وهذا بناء على مختار صاحب الهداية وشمس الأئمة فى جواز تعميم المشترك فى النفى وكذا الجمع بين الحقيقة والمجاز فى النفى ، وهو خلاف المشهور فى كتب الأصول كما بيناه فى حواشينا على شرح المنار (قوله ولا يجوز الحفر له) لعله أخذه من قول الهداية وغيرها : إن الربط والإمساك غير مشروع ، وأما الحفر للمرأة فلكونه أستر لها .

قلت : وينبغى تقييده بما لو ثبت الحد بالإقرار ليكون متمكنا من الرجوع بالهرب ، بخلاف مالو ثبت بالبينة تأمل (قوله ولا يربط الخ) إلا إذا امتنع كما مر (قوله ولا جمع بين جلد ورجم) للقطع بأنه لم يجمع بينهما صلى الله عليه وسلم ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم فتح (قوله أى تغريب فى البكر) أى فى غير المحصن ، وقوله عليه الصلاة والسلام «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام» منسوخ كشطره الآخر ، وقوله عليه الصلاة والسلام «والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة» بحر ، وتمام تحقيقه فى الفتح (قوله وفسره) أى فسر النفى المروى فى حديث آخر كرواية البخارى من قول أبى هريرة «إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفى عام وإقامة الحد» (قوله وهو أحسن الخ) فيه أنه مخالف لروايات التغريب ، وقولهم إن فى النفى فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعمن تستحى منه ، ولقول علىّ : حسبهما من الفتنة أن ينفيا . وروى عبد الرازق قال : غرب عمر رضى الله عنه ربيعة بن أمية بن خلف فى الشراب إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر ، فقال عمر لاأغرب بعده مسلما كما فى الفتح ، ولعل المراد أن فعل الحبس أحسن من فعل التغريب فليس المراد تفسير الوارد بذلك بقرينة التعليل فتأمل (قوله لأنه يعود على موضوعه بالنقض) أى لأن المقصود من إقامة الحد المنع عن الفساد ، وفى التغريب فتح باب الفساد كما علمت ، ففيه نقض وإبطال للمقصود منه شرعا فكأنه شبه المقصود الأصلى بالموضوع وهو محل العرض المختص به أو بموضوع العلم ، وهو مايبحث فيه عن عوارضه الذاتية كبدن الإنسان لعلم الطب تأمل .

مطلب فى الكلام على السياسة

(قوله إلا سياسة وتعزيرا) أى أنه ليس من الحد ، ويؤيده ماقدمناه من حديث البخارى من عطف وإقامة حد على نفى عام كما أوضحه فى الفتح . وفيه أيضا : لو غلب على ظن الإمام مصلحة فى التغريب تعزيرا فله أن يفعله ، وهو محمل الواقع للنبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه كما غرب عمر نصر بن الحجاج لافتتان النساء بجماله والجمال لايوجب نفيا ، وعلى هذا كثير من مشايخ السلوك المحققين رضى الله عنا بهم ، وحشرنا معهم يغربون

المريد إذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ، مثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذى ينبغى أن يقع عليه رأى القاضى فى التغريب ، أما من لم يستح وله حال تشهد عليه بغلبة النفس فنفيه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه اه .

[تنبيه] أشار كلام الفتح إلى أن السياسة لا تختص بالزنا وهو ماعزاه الشارح إلى النهر . وفى القهستانى : السياسة لا تختص بالزنا بل تجوز فى كل جناية ، والرأى فيها إلى الإمام على مافى الكافى ؛ كقتل مبتدع يتوهم منه انتشار بدعته وإن لم يحكم بكفره كما فى التمهيد ، وهى مصدر ساس الوالى الرعية : أمرهم ونهاهم كما فى القاموس وغيره ، فالسياسة استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجى فى الدنيا والآخرة ، فهى من الأنبياء على الخاصة والعامة فى ظاهرهم وباطنهم ، ومن السلاطين والملوك على كل منهم فى ظاهره لاغير ، ومن العلماء ورثة الأنبياء على الخاصة فى باطنهم لاغير كما فى المفردات وغيرها اه ومثله فى الدر المنتقى .

قلت : وهذا تعريف للسياسة العامة الصادقة على جميع ماشرعه الله تعالى لعباده من الأحكام الشرعية ، وتستعمل أخص من ذلك مما فيه زجر وتأديب ولو بالقتل ، كما قالوا فى اللوطى والسارق والخناق إذا تكرر منهم ذلك حل قتلهم سياسة وكما مر فى المبتدع ، ولذا عرّفها بعضهم بأنها تغليظ جناية لها حكم شرعى حسما لمادة الفساد ، وقوله لها حكم شرعى معناه أنها داخلة تحت قواعد الشرع وإن لم ينص عليها بخصوصها فإن مدار الشريعة بعد قواعد الإيمان على حسم مواد الفساد لبقاء العالم ، ولذا قال فى البحر : وظاهر كلامهم أن السياسة هى فعل شىء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئى اه .

وفى حاشية مسكين عن الحموى : السياسة شرع مغلظ ، وهى نوعان : سياسة ظالمة فالشريعة تحرمها . وسياسة عادلة تخرج الحق من الظالم ، وتدفع كثيرا من المظالم ، وتردع أهل الفساد ، وتوصل إلى المقاصد الشرعية فالشريعة توجب المصير إليها والاعتماد فى إظهار الحق عليها ، وهى باب واسع ، فمن أراد تفصيلها فعليه بمراجعة كتاب معين الحكام للقاضى علاء الدين الأسود الطرابلسى الحنفى اه .

قلت : والظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان ولذا عطفوا أحدهما على الآخر لبيان التفسير كما وقع فى الهداية والزيلعى وغيرهما ، بل اقتصر فى الجوهرة على تسميته تعزيرا ، وسيأتى أن التعزير تأديب دون الحد من العزر بمعنى الرد والردع وأنه يكون بالضرب وغيره ، ولايلزم أن يكون بمقابلة معصية ولذا يضرب ابن عشر سنين على الصلاة وكذلك السياسة كما مر فى نفى عمر لنصر بن الحجاج ، فإنه ورد أنه قال لعمر : ماذنبى ياأمير المؤمنين؟ فقال : لاذنب لك وإنما الذنب لى حيث لا أطهر دار الهجرة منك ، فقد نفاه لافتتان النساء به وإن لم يكن بصنعه ، فهو فعل لمصلحة وهى قطع الافتتان بسببه فى دار الهجرة التى هى من أشرف البقاع ، ففيه ردّ وردع عن منكر واجب الإزالة ، وقالوا إن التعزير موكول إلى رأى الإمام ، فقد ظهر لك بهذا أن باب التعزير هو المتكفل لأحكام السياسة وسيأتى بيانه ، وبه علم أن فعل السياسة يكون من القاضى أيضا ، والتعبير بالإمام ليس للاحتراز عن القاضى بل لكونه هو الأصل ، والقاضى نائب عنه فى تنفيذ الأحكام كما مر فى قوله فيسألهم الإمام ، وبدأ الإمام برجمه ونحو ذلك .

وفى الدر المنتقى عن معين الحكام : للقضاة تعاطى كثير من هذه الأمور حتى إدامة الحبس والإغلاظ على أهل الشر بالقمع لهم ، والتحليف بالطلاق وغيره ، وتحليف الشهود إذا ارتاب منهم ذكره فى التاترخانية ، وتحليف المتهم لاعتبار حاله أو المتهم بسرقة يضرب به ويحبسه الوالى والقاضى اه وسيأتى فى باب التعزير أن للقاضى تعزير المتهم ، وصرح الزيلعى قبيل الجهاد أن من السياسة عقوبته إذا غلب على ظنه أنه سارق وأن المسروق عنده ، فقد أجازوا

ولا يجلد) حتى يبرأ إلا أن يقع اليأس من برئه فيقام عليه بحر :

(ويقام على الحامل بعد وضعها) لاقبله أصلا بل تحبس لو زناها ببينة (فإن كان حدها الرجم رجمت حين وضعت) إلا إذا لم يكن للمولود من يربيه فحتى يستغنى ، ولو ادعت الحبل يريها النساء ، فإن قلن نعم حبسها سنتين ثم رجمها اختيار (وإن كان الجلد فبعد النفاس) لأنه مرض :

(و) شرائط (إحصان الرجم) سبعة (الحرية والتكليف) عقل وبلوغ (والإسلام والوطء) وكونه (بنكاح صحيح) حال الدخول

قتل النفس بغلبة الظن ، كما إذا دخل عليه رجل شاهرا سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله ، وسيأتى تمام ذلك فى كتاب السرقة (قوله إلا أن يقع اليأس من برئه فيقام عليه) أى بأن يضرب ضربا خفيفا يحتمله : وفى الفتح : ولو كان المرض لايرجى زواله كالسل أو كان ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعى يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ دفعة ، وتقدم فى الأيمان أنه لابد من وصول الكل إلى بدنه ، ولذا قيل لابد أن تكون مبسوطة اه : والعثكال والعثكول : عنقود النخل (قوله لاقبله أصلا) أى سواء كان حدها الجلد أو الرجم كى لايؤدى إلى هلاك الولد لأنه نفس محترمة لاجريمة منه فتح (قوله إلا إذا لم يكن الخ) هذه رواية عن الإمام اقتصر عليها صاحب المختار : قال فى البحر : وظاهره أنها هى المذهب . وفى النهر : ولعمرى إنها من الحسن بمكان اه وفى حديث الغامدية « أنه صلى الله عليه وسلم رجمها بعد مافطمته » وفى حديث آخر قال «لانرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه ، فقال له رجل من الأنصار : إلىّ رضاعه فرجمها » قال فى الفتح : وهذا يقتضى أن الرجم عند الوضع ، بخلاف الأول والطريقان فى مسلم وهذا أصح طريقا الخ (قوله فحتى يستغنى) عبارة الفتح حتى تفطمه (قوله حبسها سنتين) أى إذا ثبت زناها بالبينة كما مر ط :

مطلب شرائط الإحصان

(قوله وشرائط إحصان الرجم) الإضافة بيانية : أى الشرائط التى هى الإحصان ، فالإحصان هو الأمور المذكورة فهى أجزاؤه ، وقيد بالرجم لأن إحصان القذف غير هذا كما سيأتى فتح ملخصا (قوله عقل وبلوغ) بدل من قوله والتكليف وبيان له :

واعترض بأن التكليف شرط لكون الفعل زنا ، لأن فعل الصبى والمجنون ليس بزنا أصلا : وأجاب فى البحر بأنه إنما جعله شرط الإحصان لأجل قوله كونهما بصفة الإحصان اه يعنى أنه شرط باعتبار أن الزانى لو كان رجلا مثلا فلا يرجم إلا إذا كان قد وطئ زوجة له مكلفة ، فكونها مكلفة شرط فى كونه محصنا لافى كون فعله الذى فعله مع الأجنبية زنا ولذا لم يجلد به إذا لم تكن زوجته مكلفة ولايرجم لعدم إحصانه (قوله والإسلام) لحديث « من أشرك بالله فليس بمحصن » ورجمه صلى الله عليه وسلم اليهوديين إنما كان بحكم التوراة قبل نزول آية الرجم ثم نسخ بحر ، وتحقيقه فى الفتح ، وخالف فى هذا الشرط أبو يوسف والشافعى (قوله والوطء) أى الإيلاج وإن لم ينزل كما فى الفتح وغيره (قوله وكونه بنكاح صحيح) خرج الفاسد كالنكاح بغير شهود فلا يكون به محصنا ط : وينبغى أن يزيد اتفاقا لما سيذكره المصنف قبيل حد الشرب أنه لو كان بلا ولى لايكون محصنا عند الثانى تأمل (قوله حال الدخول) متعلق بقوله صحيح . قال فى الفتح : يعنى تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا ، فلو دخل بها عقيبه لايصير محصنا لوقوع الطلاق قبله اه وتبعه فى النهر :

(و) كونهما (بصفة الإحصان) المذكورة وقت الوطء ، فإحصان كل منهما شرط لصيرورة الآخر محصنا ، فلو نكح أمة أو الحرة عبدا فلا إحصان إلا أن يطأها بعد العتق فيحصل الإحصان به لا بما قبله ، حتى لو زنى ذمى بمسلمة ثم أسلم لا يرجم بل يجلد . وبقى شرط آخر ذكره ابن كمال ، وهو أن لا يبطل إحصانهما بالارتداد ، فلو ارتدا ثم أسلما لم يعد إلا بالدخول بعده ، ولو بطل بجنون أو عته عاد بالإفاقة ،

قلت : ومقتضاه أن الوطء حصل في نكاح لكنه غير صحيح مع أنه لم يحصل فى النكاح أصلا ، فالأولى أن يكون احترازا عما لو وطئ فى نكاح موقوف على الإجازة ثم أجازت المرأة العقد أو ولى الصغيرة فلا يكون بهذا الوطء محصنا وإن كان العقد صحيحا لأنه وطئ فى عقد لم يصح إلا بعده لا فى حالة الوطء تأمل (قوله وكونهما) أى الزوجين المفهومين من قوله والوطء بنكاح صحيح ، وفى هذا الحل إصلاح لعبارة المتن فإنها لا تفيد اشتراط إحصان كل منهما لإحصان الآخر ، وفيه خلاف الشافعى .

قلت : وقد يكون أحدهما محصنا دون الآخر كما لو خلا بها وأقر بأنه وطئها أو بأنها كانت مسلمة وأنكرت فإذا زنى يرجم لأنه محصن بإقراره كما سيأتى قبيل حد الشرب (قوله فلو نكح أمة الخ) تفريع على الشرط الأخير : أى لو نكح الحر أمة أو العبد حرة ووطئها لم يكن واحد منهما محصنا إلا أن يطأها بعد العتق فى الصورتين فحينئذ يحصل لكل منهما الإحصان بهذا الوطء لاتصاف كل منهما بصفة الإحصان وقته ؛ حتى لو زنى أحدهما بعد هذا الوطء يرجم ، بخلاف الوطء الحاصل قبل العتق ، وكذا لو دخل الحر المكلف المسلم بمنكوحته الكافرة أو المجنونة أو الصغيرة لم يكن أحدهما محصنا إلا أن يطأها ثانيا بعد إسلامها أو إفاقتها أو بلوغها ، وكذا لو كان الزوج صبيا أو مجنونا أو كافرا وهى حرة مكلفة مسلمة ، حتى لو دخل بها الزوج وهو كذلك ثم زنت لا ترجم لعدم إحصانها . وصورة كون زوج المسلمة كافرا كما فى الفتح أن يكونا كافرين فتسلم هى فيطأها قبل عرض القاضى الإسلام عليه وإبائه فإنهما زوجان مالم يفرق القاضى بينهما بإبائه اهـ .

[تنبيه] اشتراط إحصان كل من الزوجين للرجم لا ينافى قولهم كما يأتى قبيل حد الشرب إذا كان أحد الزانيين محصنا دون الآخر يرجم المحصن ويجلد غير المحصن ، لأن المراد أن الرجل إذا كان محصنا الإحصان المذكور بشروطه ثم زنى بامرأة فإنه يرجم ، ثم المرأة المزنى بها إذا كانت محصنة مثله ترجم أيضا وإلا فتجلد ، وكذا المرأة إذا كانت محصنة الإحصان المذكور ثم زنت برجل (قوله حتى لو زنى ذمى بمسلمة الخ) أطلق الذمى فشمل لو كان له زوجة دخل بها أولا ، وكون المزنى بها مسلمة غير قيد ، وإنما لم يرجم لعدم إحصانه لكونه غير مسلم وقت الفعل وإن صار محصنا بعد إسلامه كما يفهم من الإطلاق ، فيفيد أنه لا بد فى الرجم من كونه مسلما وقت الزنا ، وكذا الحرية ، حتى لو أسلم أو أعتق بعد الزنا ثم صار محصنا لا يرجم بل يجلد ، فالمراد بهذا التفريع بيان هذه الفائدة مع تأويل ماوقع فى فتاوى قارئ الهداية كما أفاده فى النهر ، حيث قال بعد تقرير شرائط الإحصان . وهذا يقتضى أن الذمى لو زنى بمسلمة ثم أسلم لا يرجم . ولا يعارضه مافى فتاوى قارئ الهداية من أنه لو زنى أو سرق ثم أسلم إن ثبت ذلك بإقراره أو بشهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد ، وإن بشهادة أهل الذمة لا يقام عليه الحد لأنه أراد بالحد هنا الجلد اهـ (قوله فلو ارتدا ثم أسلما الخ) عزاه ابن الكمال إلى شرح الطحاوى ومثله فى الفتح ، وقيد بارتدادهما معا فى الفتح أى ليعود النكاح بعودهما إلى الإسلام بلا تجدد عقد آخر .

بقى لو ارتد أحدهما : ففى النهر : وعن محمد لو لحقت الزوجة بدار الحرب مرتدة وسبيت لا يبطل إحصان الزوج كذا فى المحيط اهـ وهو ظاهر لما يأتى من أنه لا يجب بقاء النكاح لبقاء الإحصان وظاهره أنه يبطل إحصانها

وقيل بالوطء بعده (و) اعلم أنه (لايجب بقاء النكاح لبقائه) أى الإحصان ؛ فلو نكح فى عمره مرة ثم طلق وبقى مجردا وزنى رجم ، ونظم بعضهم الشروط فقال :

شروط الإحصان أتت ستة ‏ فخذها عن النص مستفهما
بلوغ وعقـل وحـرية ‏ ورابعهـا كونه مسلما
وعقد صحيـح ووطء مباح ‏ متى اختل شرط فلا يرجما

باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه

لقيام الشبهة لحديث « ادرءوا الحدود بالشبهات مااستطعتم » .
(الشبهة مايشبه) الشىء (الثابت وليس بثابت) فى نفس الأمر (وهى ثلاثة أنواع : شبهة) حكمية (فى المحل

وإن عادت مسلمة ولذا قال : لو أسلم لم يعد إلا بالدخول بعد : أى لابد من تحقق شروط الإحصان عند وطء آخر بعد الإسلام . فعلم أن الردة تبطل اعتبار الوطء بالنكاح الصحيح ، وإذا بطل اعتباره بطل الإحصان سواء كان المرتد كلا منهما معا أو أحدهما ، لكن إذا ارتد أحدهما ثم أسلم لايصير محصنا إلا بتجديد عقده عليها أو على غيرها ويطؤها بعده وهما بصفة الإحصان فيعود له إحصان جديد لأن الردة أبطلت الإحصان السابق (قوله وقيل بالوطء بعده) نسبه فى النهر والبحر إلى أبى يوسف (قوله واعلم الخ) ذكر هذه المسألة فى الدرر (قوله فلو نكح فى عمره مرة) أى ودخل بها درر (قوله ثم طلق) عبارة الدرر : ثم زال النكاح ، وهى أعم لشمولها زوال النكاح بموتها أوردتها أو نحو ذلك (قوله ونظم بعضهم الخ) نقله القاضى زين الدين بن رشيد صاحب العمدة عن الفاكهانى المالكى كما فى التتائى ، ويوجد فى بعض النسخ شروط الحصانة فى ستة اه ط .

أقول : وهذا هو الصواب ، لأن الشطر الأول الذى ذكره الشارح من بحر السريع والبقية من بحر المتقارب فافهم ، وقوله فى آخر الأبيات فلا يرجما بالياء المثناة التحتية كما رأيناه فى النسخ ، وينبغى أن يكون بالفوقية ولا ناهية وأصله لاترجمن بنون التوكيد المخففة قلبت ألفا ، إذ لو كانت لانافية وجب الرفع ، ولعل اقتصار الناظم على الشروط الستة لكونها مذهب المالكية وزيد عليها عندنا كونهما بصفة الإحصان وقت الوطء وعدم الارتداد فصارت ثمانية ، ويزاد كون العقد صحيحا فتصير تسعة ، وقد غيرت هذا النظم جامعا للتسعة فقلت :

شرائط الإحصان تسع أتت ‏ متى اختل شرط فلا ترجما
بلوغ وعقـل وحرية ‏ ودين (١) وفقـد ارتدادهما
ووطء بعقد صحيـح لمن ‏ غدت مثله فى الذى قدما

باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه

(قوله لقيام الشبهة) علة لقوله لايوجبه (قوله لحديث) علة لما فهم من العلة الأولى ، وهو أن الحد لايثبت عند قيام الشبهة . وطعن بعض الظاهرية فى الحديث بأنه لم يثبت مرفوعا . والجواب أن له حكم الرفع لأن إسقاط الواجب بعد ثبوته بالشبهة خلاف مقتضى العقل . وأيضا فى إجماع فقهاء الأمصار على الحكم المذكور كفاية ، ولذا قال بعضهم : إن الحديث متفق عليه ، وأيضا تلقته الأمة بالقبول . وفى تتبع المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه من تلقين ماعز وغيره الرجوع احتيالا للدرء بعد الثبوت مايفيد القطع بثبوت الحكم ، وتمامه فى الفتح (قوله ثلاثة أنواع) يأتى بيانها (قوله فى المحل) هو الموطوءة كما فى العينى والشلبى وغيرهما ، فقوله

---

(١) (قوله ودين الخ) وجد بخطه فى هامش نسخة بدل هذا الشطر * ودين يدوم به مسلما * ولعله نسخة أخرى اه .

وشبهة) اشتباه (فى الفعل ، وشبهة فى العقد) والتحقيق دخول هذه فى الأولين وسنحققه (فإن ادعاها) أى الشبهة (وبرهن قبل) برهانه (وسقط الحد وكذا يسقط) أيضا (بمجرد دعواها إلافى) دعوى (الإكراه) خاصة (فلابد من البرهان) لأنه دعوى بفعل الغير فيلزم ثبوته بحر (لاحد) بلازم (بشبهة المحل) أى الملك وتسمى شبهة حكمية أى الثابت حكم الشرع بحله (وإن ظن حرمته كوطء أمة ولده وولد ولده) وإن سفل ولو ولده حيا فتح ، لحديث « أنت ومالك لأبيك » (ومعتدة الكنايات) ولو خلعا خلا عن مال

الآتى : أى الملك بمعنى المملوك (قوله وبرهن) أى على أنها أمة ولده أو أمة أحد أبويه مثلا (قوله وكذا يسقط بمجرد دعواها) أى دعوى الشبهة ، وهذا يغنى عما قبله لانفهامه منه بالأولى (قوله إلا فى دعوى الإكراه الخ) قلت : الظاهر فى وجه الفرق أن الإكراه لايخرج الفعل عن كونه زنا ، وإنما هو عذر مسقط للحد وإن لم يسقط الإثم كما يسقط القصاص بالإكراه على القتل دون الإثم فلا يقبل قوله بمجرد دعواه ، بخلاف دعواه شبهة من الشبه الثلاث لأنه ينكر السبب الموجب للحد ، فإن دعواه أنه تزوجها أو أنها أمة ولده إنكار للوطء الخالى عن الملك وشبهته ، فلذا قبل قوله بلا برهان تأمل . والظاهر أن لزوم البرهان على الإكراه خاص بما إذا ثبت زناه بالبينة لابإقراره (قوله لاحد بلازم) أى ثابت .

مطلب فى بيان شبهة المحل

(قوله بشبهة المحل) هو الموطوءة كما مر وهى المنافية للحرمة ذاتا ، على معنى أنا لو نظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا للحرمة نهر ، يعنى أن النظر إلى ذات الدليل ينفى الحرمة ويثبت الحل مع قطع النظر عن المانع كما فى القهستانى .

وحاصله أنها وجد فيها دليل مثبت للحل لكنه عارضه مانع فأورث هذا الدليل شبهة فى حل المحل والإضافة فيها على معنى فى . وقال الزيلعى : أى لايجب الحد بشبهة وجدت فى المحل وإن علم حرمته لأن الشبهة إذا كانت فى الموطوءة ثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها ، وهذا لأن الدليل المثبت للحل قائم وإن تخلف عن إثباته حقيقة لمانع فأورث شبهة فلهذا سمى هذا النوع شبهة فى المحل ؛ لأنها نشأت عن دليل موجب للحل فى المحل ، بيانه قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » يقتضى الملك لأن اللام فيه للملك اه أى وقد عارضه مانع من إرادة حقيقة الملك وهو الإجماع على عدم إرادته حقيقة فثبتت الشبهة عملا باللام بقدر الإمكان (قوله أى الملك) بمعنى المملوك ، فلا ينافى تفسيره أيضا بالموطوءة فافهم : أى شبهة كون المحل مملوكا له أو المصدر بمعنى المالكية أى كونه مالكا له (قوله وتسمى شبهة حكمية) لكون الثابت فيها شبهة الحكم بالحل .

(قوله أى الثابت حكم الشرع بحله) بنصب الثابت على أن ذلك تفسير لقوله شبهة حكمية ، أو بجره على أنه تفسير لقوله بشبهة المحل وضمير حله للمحل . وعبارة الفتح وشبهة فى المحل ، وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أى الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل ، فأسقط الشارح لفظ شبهة ولابد منه لأن نفس حكم الشرع بحله لم يثبت وإنما الثابت شبهته يعنى أنها هى التى ثبت فيها شبهة الحكم بالحل لاحقيقته لكون دليل الحل عارضه مانع كما مر (قوله ولو ولده حيا) مبالغة على قوله وولد ولده ح . وتمام عبارة الفتح : وإن لم يكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه ، وتقدمت هذه المسألة فى باب نكاح الرقيق ثم فى الاستيلاد اه وسنذكر أنه لايثبت فيها النسب من الجد إذا كان ولده حيا (قوله لحديث الخ) رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح ، وتمامه فى الفتح ، وذكر فيه قصة (قوله ولو خلعا خلا عن مال) أما لو كانت بغير لفظ الخلع فهى داخلة بالأولى ، وقد يكون الخلع

وإن نوى بها ثلاثا نهر؛ لقول عمر رضى الله عنه: الكنايات رواجع (و) وطء (البائع) الأمة (المبيعة والزوج) الأمة (الممهورة قبل تسليمها) لمشتر وزوجة وكذا بعده فى الفاسد (ووطء الشريك) أى أحد الشريكين (الجارية المشتركة و) وطء (جارية مكاتبه وعبده المأذون له وعليه دين محيط بماله ورقبته) زيلعى (ووطء جارية من الغنيمة بعد الإحراز) بدارنا (أو قبله) ووطء جاريته قبل الاستبراء، والتى فيها خيار للمشترى،

خلا عن مال لأنه لو كان على مال لم يكن من هذا القسم بل يكون من شبهة الفعل الآتية، فلا ينتفى عنه الحد إلا إذا ظن الحل كما فى المطلقة ثلاثا لأنه لم يقل أحد إن المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا، وإنما اختلف الصحابة فى كونها فسخا أو طلاقا، يعنى بائنا فالحرمة ثابتة على كل حال، وبهذا يعرف خطأ من بحث. وقال ينبغى جعلها من الشبهة الحكمية، هذا حاصل ماحققه فى فتح القدير، ويشهد له قوله فى الهداية: والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع، ومثله فى البحر عن البدائع. وبه يعلم أن مانقله قبله عن جامع النسفى من أنه لايحد وإن علم الحرمة لاختلاف الصحابة فى كونه بائنا محمول على ما إذا كان الخلع بلا مال، كما أن مافى المجتبى من أن المختلعة ينبغى أن تكون كالمطلقة ثلاثا لحرمتها إجماعا محمول على ما إذا كان بمال توفيقا بين كلامهم فافهم (قوله وإن نوى بها ثلاثا) أى بالكنايات، فلا يحد بوطئها فى العدة وإن قال علمت أنها حرام لتحقق الاختلاف، لأن دليل المخالف قائم وإن كان غير معمول به عندنا أفاده فى الفتح ثم قال: وفى هذه المسألة يقال مطلقة ثلاث وطئت فى العدة وقال علمت حرمتها لايحد (قوله الممهورة) أى التى جعلها مهرا لزوجته (قوله قبل تسليمها لمشتر وزوجة) لف ونشر مرتب لأنهما فى ضمان البائع أو الزوج وتعودان إلى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان مسلطا على الوطء بالملك واليد، وقد بقيت اليد فتبقى الشبهة زيلعى (قوله وكذا بعده فى الفاسد) الأولى أن يقول وكذا فى الفاسد ولو بعده: أى بعد التسليم. قال فى البحر: أما قبله فلبقاء الملك، وأما بعده فلأن له حق الفسخ فله حق الملك اهـ.

وقد يقال: إن وطء البائع فى الفاسد قبل التسليم ليس مما نحن فيه لأنه وطء فى حقيقة الملك لافى شبهته، فقوله بعده للاحتراز عما قبله تأمل (قوله ووطء الشريك الخ) لأن ملكه فى البعض ثابت فتكون الشبهة فيها أظهر زيلعى، وهذا إذا لم يكن أعتقها أحد الشريكين وإلا ففيه تفصيل مذكور فى الخانية (قوله ووطء جارية مكاتبه وعبده الخ) لأن له حقا فى كسب عبده فكان شبهة فى حقه زيلعى، وأما غير المديون فهو على ملك سيده (قوله ووطء جارية من الغنيمة) أى وطء أحد الغانمين قبل القسمة كما فى البحر عن البدائع. قال ح: وسيأتى فى كتاب السرقة عن الغاية بحثا عدم قطع من سرق من المغنم وإن لم يكن له حق فيه لأنه مباح الأصل فصار شبهة فكان ينبغى الإطلاق هنا أيضا تأمل اهـ.

قلت: وفيه أن ماكان مباح الأصل هو مايوجد فى دار الإسلام تافها مباحا كالصيد والحشيش فهذا لايقطع به وإن ملك وسرق من حرز، وجارية المغنم ليست كذلك وإلا لزم أن لايقطع بها ولو بعد الإحراز والقسمة، وكذا لو زنى بها تأمل (قوله ووطء جاريته قبل الاستبراء) هذه من زيادات الفتح. وفيه أن الملك فيها كامل من كل وجه إلا أنه منع من وطئه لها خوف اشتباه النسب، والكلام فى وطء حرام سقط فيه الحد لشبهة الملك، وهذه فيها حقيقة الملك فكانت كوطء الزوجة الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة مما منع من وطئها لعارض الأذى أو إفساد العبادة مع قيام الملك، إلا أن يراد بشبهة الملك ملك الوطء لاملك الرقبة فليتأمل (قوله والتى فيها خيار للمشترى) أى إذا وطئها البائع واقتصر على ذكر المشترى لأنه يعلم منه ما إذا كان الخيار للبائع بالأولى لأنه لم يحد

والتى هى أخته رضاعا وزوجة حرمت بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه لأمها أو بنتها لأن من الأئمة من لم يحرّم به وغير ذلك كما لايخفى على المتتبع ؛ فدعوى الحصر فى ستة مواضع ممنوعة .

(و) لاحد أيضا (بشبهة الفعل) وتسمى شبهة اشتباه : أى شبهة فى حق من حصل له اشتباه (وإن ظن حله) العبرة لدعوى الظن وإن لم يحصل له الظن ؛ ولو ادعاه أحدهما فقط لم يحدا حتى يقرا جميعا بعلمهما بالحرمة نهر (كوطء أمة أبويه) وإن عليا شمنى

إذا كان للبائع لبقاء ملكه ، وإن كان للمشترى فلأن المبيع لم يخرج عن ملك بائعه بالكلية كما فى البحر أفاده ط .

وقد يقال : إن المناسب أن لايذكر خيار البائع لأن وطأه فى حقيقة الملك لافى شبهته نظير مامر ، فكان الأولى ماذكره الشارح ، ويفهم منه ما إذا كان الخيار لهما أو لأجنبى فافهم . وفى التتارخانية : ولو باع جارية على أنه بالخيار فوطئها المشترى أو كان الخيار للمشترى فوطئها البائع فإنه لايحد علم بالحرمة أو لم يعلم (قوله والتى هى أخته رضاعا) أى ووطء أمته التى هى أخته رضاعا .

قلت : ومثلها أمته المجوسية والتى تحته أختها لوجود الملك فيهما أيضا مع أن حرمتهما غير مؤبدة تأمل (قوله من لم يحرم به) أى بالمذكور من الردة وما بعدها . أما الردة فقد تقدم فى كتاب النكاح أن مشايخ بلخ أفتوا بعدم الفرقة بردتها ، وأما فيما بعدها فلخلاف الشافعى رحمه الله تعالى اهـ ح (قوله وغير ذلك) منه ماذكرناه من المجوسية والتى تحته أختها (قوله فدعوى الحصر) أى المفهوم من قول الهداية وغيرها والشبهة فى المحل فى ستة مواضع .

مطلب فى بيان شبهة الفعل

(قوله بشبهة الفعل) أى الشبهة فى الفعل الذى هو الوطء حيث كان مما قد يشتبه عليه حرمته لافى محله وهو الموطوءة لأن حرمة المحل هنا مقطوع بها إذ لم يقم فيه دليل ملك عارضه غيره فلم يكن فى حل المحل شبهة أصلا (قوله أى شبهة فى حق من حصل له اشتباه) هو معنى قول المصنف إن ظن حله ، لأن من ظن الحل فقد اشتبه عليه الأمر ولذا قال فى الفتح إنها تتحقق فى حق من اشتبه عليه الحل والحرمة إذ لادليل فى السمع يفيد الحل ، بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلا لفرض أن لادليل أصلا لتثبت الشبهة فى نفس الأمر ، فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا اهـ (قوله إن ظن حله) شرط لقوله ولا حد الخ فنفى الحد هنا مشروط بظن الحل لما علمت أن هذا الظن هو الشبهة لعدم دليل قائم تثبت به الشبهة ، فلو لم يظن الحل شبهة أصلا بخلاف مامر فإن الشبهة فيه جاءت من دليل حل المحل فلا حاجة فيه إلى ظن الحل فلذا انتفى الحد فيه سواء ظن الحل أولا (قوله العبرة لدعوى الظن الخ) أى لاللظن نفسه فإنه يحد إن لم يدّع وإن حصل له الظن ، ولا يحد إن ادعى وإن لم يحصل له الظن ابن كمال ، وفيه تورّك على عبارة المصنف ، لكن لايخفى أن الظن أمر باطنى لايعلمه القاضى إلا بدعوى صاحبه ، فقوله إن ظن حله : أى إن علم القاضى أنه ظن الحل يدرأ عنه الحد وذلك لايكون إلا بدعواه وإخباره (قوله ولو ادعاه أحدهما الخ) لأن الشبهة إذا تمكنت فى الفعل من أحد الجانبين تتعدى إلى الجانب الآخر ضرورة بحر (قوله كوطء أمة أبويه الخ) لأن بين الإنسان وبين أبويه وزوجته وسيده انبساطا فى الانتفاع بمالهم واستخدام جواريهم ، فكان مظنة حل الوطء على توهم أنه من الاستخدام ، وكذا بقاء أثر الفراش فى المعتدة من وجوب النفقة وحرمة تزوج أختها مظنة لتوهم حل وطئها ، وقيد بالأمة لما فى الخانية : لو زنى بامرأة الأب أو الجد فإنه يحد وإن قال ظننت أنها تحل لى

(ومعتدة الثلاث) ولو جملة (وأمة امرأته وأمة سيده) ووطء (المرتهن) الأمة (المرهونة) فى رواية كتاب الحدود ، وهى المختار زيلعى . وفى الهداية : المستعير للرهن كالمرتهن وسيجىء حكم المستأجرة والمغصوبة ، وينبغى أن الموقوفة عليه كالمرهونة نهر (و) معتدة (الطلاق على مال) وكذا المختلعة على الصحيح بدائع ومعتدة (الإعتاق و) الحال أنها (هى أم ولده ، و) الواطئ (إن ادعى النسب يثبت فى الأولى) شبهة المحل (لافى الثانية) أى شبهة الفعل

(قوله ومعتدة الثلاث) هذا إذا لم ينو الثلاث بالكنايات ، إذ لو نواها بها كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر (قوله ولو جملة) أى ولو كان تطليقه الثلاث بلفظ واحد فلا يسقط عنده الحد إلا إن ادعى ظن الحل وكذا لو أوقع الثلاث متفرقة بالطريق الأولى إذ لم يخالف فيه أحد لأن القرآن ناطق بانتفاء الحل بعد الثالثة فلم يبق شبهة فى حل المحل ، ولا اعتبار بخلاف من أنكر وقوع الجملة لمخالفته للقطعى ، وهو إجماع الصحابة الذى تقرر فى زمن عمر ، لكن يشكل مافى نكاح الهداية من أن الحد لايجب بوطء المطلقة بائنا واحدة أو ثلاثا مع العلم بالحرمة على إشارة كتاب الطلاق .

وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لأن الملك قد زال حق الحل فيتحقق الزنا اه . ووفق فى البحر بحمل إشارة كتاب الطلاق على ما إذا أوقع الثلاث جملة ، وحمل عبارة الحدود على ما إذا أوقعها متفرقة لأن إيقاعها جملة خالف فيه الظاهرية : أى فيكون من شبهة المحل فلا يحد وإن اعتقد الحرمة لشبهة الدليل .

واعترضه ح بأن المصرح به فى الفتح وغيره الجزم بأنها من شبهة الفعل وعدم اعتبار الخلاف بعد انعقاد الإجماع ، وبأن الإشارة لاتعارض العبارة .

قلت : على أنه يمكن التوفيق بوجه آخر وهو حمل الإشارة على ما إذا كان الطلاق البائن بلفظ الكنايات والعبارة على ما إذا كان بلفظ الصريح ، والله أعلم (قوله فى رواية كتاب الحدود) أى أن محمدا ذكرها فى كتاب الحدود من مسائل شبهة الفعل ، وذكر فى كتاب الرهن أنها من شبهة المحل .

قال فى البحر : والحاصل أنه إذا ظن الحل فلا حد باتفاق الروايتين ، والخلاف فيما إذا علم الحرمة ، والأصح وجوبه وذكر فى الإيضاح وجوبه وإن ظن الحل وهو مخالف لعامة الروايات .

مطلب الحكم المذكور فى بابه أولى من المذكور فى غير بابه

قال فى الدر المنتقى : واستفيد منه أن الحكم المذكور فى بابه أولى من المذكور فى غير بابه لأنه كأنه استطراد هكذا كان أفادنيه والدى فليحفظ (قوله وهى المختار) وفى الهداية : وهى الأصح ، وتبعه الشارحون لأن عقد الرهن لايفيد ملك المتعة بحال لأنه إنما يفيد له الملك بعد الهلاك فيصير به مستوفيا لحقه لكنه بعد الهلاك لايملك المتعة أى الوطء . ومقتضى هذا وجوب الحد وإن ظن الحل ، لكن لما كان الاستيفاء سببا لملك المال وملك المال سببا لملك المتعة فى الجملة حصل الاشتباه ذخيرة (قوله المستعير للرهن) اللام للتعليل : أى الذى استعار أمة ليرهنها لاللتعدية حتى يكون المعنى استعار أمة مرهونة من المرتهن اه ح . والمناسب أن يقول لا للتقوية لأن اسم الفاعل هنا متعد بنفسه ، تقول أنا مستعير فرسا فإذا قلت مستعير للفرس كانت زائدة لتقوية العامل كقوله تعالى — مصدقا لما معهم — ولعل وجه كون المستعير بمنزلة المرتهن هو أنه إذا استعار شيئا ليرهنه بكذا ثم هلك عند المرتهن صار مستوفيا لدينه ووجب مثل الدين للمعير على المستعير لأنه صار قاضيا دينه بالرهن كما تقرر فى محله ، فإذا غرم مثله للمعير صار مالكا له فكان بمنزلة المرتهن تأمل (قوله وسيجىء) أى فى هذا الباب (قوله وكذا المختلعة) أى على مال لأنه لو كان خلعا خلا عن مال كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر (قوله يثبت فى الأولى) هذا فى غير الجد إذا وطئ جارية ابن ابنه وابنه حى ، لأن الجد لايتملكها حال حياة الأب

لتمحضه زنا (إلا فى المطلقة ثلاثا بشرطه) بأن تلد لأقل من سنتين لا لأكثر إلا بدعوة كما مر فى بابه، وكذا المختلعة والمطلقة بعوض بالأولى نهاية (و) إلا (فى وطء امرأة زفت) إليه (وقال النساء هى زوجتك ولم تكن كذلك) معتمدا خبرهن فيثبت نسبه بالدعوة بحر:

(و) لاحد أيضا (بشبهة العقد) أى عقد النكاح (عنده) أى الإمام (كوطء محرم نكحها)

فلايثبت النسب بدعوى الجد، نعم إن صدقه ابن الابن عتق لزعمه أنه عمه، ومافى النهاية من أنه يثبت نسبه غلط كما حققه فى الفتح (قوله لتمحضه زنا) لأنه لاشبهة ملك فيه بل سقط الحد لظنه فضلا من الله تعالى، وهو راجع إليه: أى إلى الوطىء لا إلى المحل فكأن المحل ليس فيه شبهة حل فلايثبت النسب بهذا الوطء ولذا لاتثبت به عدة لأنه لاعدة من الزنا فتح (قوله بشرطه) أى بشرط الثبوت، والمناسب إسقاطه كما يظهر قريبا (قوله بأن تلد الخ) بدل من قوله بشرطه. قال ح: ويحمل على وطء سابق على الطلاق كما تقدم فى باب ثبوت النسب. ولا نقول إنه العقد من هذا الوطء الحرام حيث أمكن حمله على الحلال (قوله لالأكثر) ومثل الأكثر تمام السنتين ح (قوله كما مر فى بابه) من أنه لايثبت النسب فى المطلقة ثلاثا بعد سنتين إلا بدعوة ح:

قلت: وتحصل من هذا أنه إذا ادعى الولد يثبت النسب سواء ولدت لأقل من سنتين أو لأكثر وإن لزم الوطء فى العدة لوجود شبهة العقد، وأما بدون الدعوى فلايثبت إلا إذا ولدت لأقل من سنتين حملا على أنه بوطء سابق على الطلاق، فقول المصنف بشرطه لامحل له لأن كلامه فيما إذا ادعى النسب وفيه يثبت مطلقا كما علمت، وهو الذى حرره فى الفتح وتبعه فى البحر (قوله بالأولى) لأنها أقل من الثلاث ط فإن حرمة الثلاث تزيل حل المحلية ولذا لاتحل له إلا بعد زوج آخر (قوله وإلا فى وطء امرأة الخ) الاستثناء فى هذه مبنى على أنها من شبهة الاشتباه أى شبهة الفعل، وعليه مشى الزيلعى، وكذا صاحب البحر أولا، وقيل إنها شبهة محل، وذكر فى الفتح أولا أنه الأوجه لأن قولهن هى زوجتك دليل شرعى مبيح للوطء لقبول قول الواحد فى المعاملات، ولذا حل وطء من قالت أرسلنى مولاى هدية إليك. ثم قال: والحق أنه شبهة اشتباه لأن الدليل المعتبر فيها مايقتضى ثبوت الملك لاما يطلق شرعا مجرد الوطء اه ملخصا فلتأمل (قوله وقال النساء) الجمع غير قيد كما يأتى (قوله فيثبت نسبه بالدعوة بحر) لفظ بالدعوة الخ يوجد فى بعض النسخ: وهو غير لازم لأن أصل الكلام فيه:

مطلب فى بيان شبهة العقد

(قوله بشبهة العقد) أى ماوجد فيه العقد صورة لاحقيقة لأن الشبهة كما مر مايشبه الثابت وليس بثابت فخرج ماوجد فيه العقد حقيقة، ولذا قال فى التاترخانية: وإذا كان الوطء بملك النكاح أو بملك يمين والحرمة بعارض آخر فذلك لايوجب الحد نحو الحائض والنفساء والصائمة صوم الفرض والمحرمة والموطوءة بشبهة والتى ظاهر منها أوآلى منها فوطئها فى العدة لاحد عليه، وكذا الأمة المملوكة إذا كانت محرمة عليه برضاع أو مصاهرة أو لكون أختها مثلا فى نكاحه أو هى مجوسية أو مرتدة فلا حد عليه وإن علم الحرمة اه:

(قوله كوطء محرم نكحها) أى عقد عليها أطلق فى المحرم فشمل المحرم نسبا ورضاعا وصهرية، وأشار إلى أنه لو عقد على منكوحة الغير أو معتدته أو مطلقته الثلاث أو أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو تزوج العبد بلا إذن سيده أو تزوج خمسا فى عقدة فوطئهن أو جمع بين أختين فى عقدة فوطئهما أو الأخيرة لوكان متعاقبا بعد التزوج فإنه لاحد وهو بالاتفاق على الأظهر. أما عنده فظاهر، وأما عندهما فلأن الشبهة إنما تنتفى عندهما إذا كان مجمعا على تحريمه وهى محرمة على التأبيد بحر:

وقالا إن علم الحرمة حد ، وعليه الفتوى خلاصة ، لكن المرجح فى جميع الشروح قول الإمام فكان الفتوى عليه أولى قاله قاسم فى تصحيحه ، لكن فى القهستانى عن المضمرات على قولهما الفتوى ، وحرر فى الفتح أنها من شبهة المحل وفيها يثبت النسب كما مر (أو) وطء فى (نكاح بغير شهود) لاحد لشبهة العقد .

وفى المجتبى : تزوج بمحرمه أو منكوحة الغير أو معتدته ووطئها ظانا الحل لايحد ويعزر ، وإن ظانا الحرمة

قلت : وهذا هو الذى حرره فى فتح القدير وقال إن الذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم كابن المنذر ذكروا أنه إنما يحد عندهما فى ذات المحرم لافى غير ذلك كمجوسية وخامسة ومعتدة ، وكذا عبارة الكافى للحاكم تفيده حيث قال تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها لاحد عليه وإن فعله على علم لم يحد أيضا ويوجع عقوبة فى قول أبى حنيفة . وقالا : إن علم بذلك فعليه الحد فى ذوات المحارم اه فعمم فى المرأة على قوله ثم خص على قولهما بذوات المحرم (قوله وقالا الخ) مدار الخلاف على ثبوت محلية النكاح للمحارم وعدمه ، فعنده هى ثابتة على معنى أنها محل لنفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد لقبولها مقاصده من التوالد فأورث شبهة ونفياها على معنى أنها ليست محلا لعقد هذا العاقد فلم يورث شبهة وتمامه فى الفتح والنهر (قوله إن علم الحرمة حد) أما إن ظن الحل فلا يحد بالإجماع ويعزر كما فى الظهيرية وغيرها .

مطلب إذا استحل المحرم على وجه الظن لا يكفر ، كما لو ظن علم الغيب

وعلم من مسائلهم هنا أن من استحل ماحرمه الله تعالى على وجه الظن لايكفر ، وإنما يكفر إذا اعتقد الحرام حلالا . ونظيره ماذكره القرطبى فى شرح مسلم أن ظن الغيب جائز كظن المنجم والرمال بوقوع شىء فى المستقبل بتجربة أمر عادى فهو ظن صادق والممنوع ادعاء علم الغيب . والظاهر أن ادعاء ظن الغيب حرام لا كفر ، بخلاف ادعاء العلم ، وسنوضحه فى الردة بحر (قوله لكن فى القهستانى الخ) الاستدراك على قوله فى جميع الشروح فإن المضمرات من الشروح . وفيه أن القهستانى ذكر عن المضمرات أنه قال والصحيح الأول ، وأنه فى موضع آخر قال : إذا تزوج بمحرمه يحد عندهما وعليه الفتوى اه . على أن مافى عامة الشروح مقدم . وكذلك فى الفتح نقل عن الخلاصة أن الفتوى على قولهما ثم وجهه بأن الشبهة تقتضى تحقق الحل من وجه وهو غير ثابت وإلا وجبت العدة والنسب ، ثم دفع ذلك بأن من المشايخ من التزم وجوبهما ، ولو سلم عدم وجوبهما لعدم تحقق الحل من وجه ، فالشبهة لاتقتضى تحقق الحل من وجه ، لأن الشبهة مايشبه الثابت وليس بثابت ، فلا ثبوت لماله شبهة الثبوت بوجه ، ألا ترى أن أباحنيفة ألزم عقوبته بأشد مايكون ، وإنما لم يثبت عقوبة هى الحد فعرف أنه زنا محض إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه اه ملخصا .

وحاصله أن عدم تحقق الحل من وجه فى المحارم لكونه زنا محضا يلزم منه عدم ثبوت النسب والعدة ، ولايلزم منه عدم الشبهة الدارئة للحد . ولا يخفى أن فى هذا ترجيحا لقول الإمام (قوله وحرر فى الفتح الخ) صوابه فى النهر ، فإنه بعد ماذكر ماقدمناه عن الفتح قال : وهذا إنما يتم بناء على أنها شبهة اشتباه . قال فى الدراية : وهو قول بعض المشايخ . والصحيح أنها شبهة عقد لأنه روى عن محمد أنه قال سقوط الحد عنه لشبهة حكمية فيثبت النسب ، وهكذا ذكر فى المنية اه وهذا صريح بأن الشبهة فى المحل وفيها يثبت النسب على مامر اه كلام النهر .

قلت : وفى هذه زيادة تحقيق لقول الإمام لما فيه من تحقيق الشبهة حتى ثبت النسب ، ويؤيده ماذكره الخير الرملى فى باب المهر عن العينى ومجمع الفتاوى أنه يثبت النسب عنده خلافا لهما (قوله وفى المجتبى الخ) مثله فى الذخيرة (قوله ظانا الحل) أما لو اعتقده يكفر كما مر (قوله ويعزر) أى إجماعا كما فى الذخيرة ، لكنه مخالف لما فى الهداية من قوله ولكن يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك فقيد العقوبة بما إذا علم ، ومثله مامر عن كافى الحاكم ، وفى الفتح : لم يجب عليه الحد عند أبى حنيفة وسفيان الثورى وزفر وإن قال علمت أنها علىّ حرام ، ولكن

فكذلك عنده خلافا لهما . فظهر أن تقسيمها ثلاثة أقسام : قول الإمام (وحد بوطء أمة أخيه وعمه) وسائر محارمه سوى الولاد لعدم البسوطة (و) بوطء (امرأة وجدت على فراشه) فظنها زوجته (ولو هو أعمى) لتمييزه بالسؤال إلا إذا دعاها فأجابته قائلة أنا زوجتك أو أنا فلانة باسم زوجته فواقعها ، لأن الإخبار دليل شرعى ، حتى لو أجابته بالفعل أو بنعم حد (وذمية) عطف على ضمير حد وجاز للفصل (زنى بها حربى) مستأمن (و) حد ذمى زنى بحربية مستأمنة (لا) يحد الحربى فى الأولى (والحربية) فى الثانية والأصل عند الإمام الحدود كلها لاتقام على مستأمن إلا حد القذف .

يجب الحد ويعاقب عقوبة هى أشد مايكون من التعزير سياسة لاحدا مقدرا شرعا إذا كان عالما بذلك، وإن لم يكن عالما لاحد ولا عقوبة تعزير اه .

وقد يجاب بأن قوله ولا عقوبة تعزير المراد به نفى أشد مايكون ، فلا ينافى أنه يعزر بما يليق بحاله حيث جهل أمرا لايخفى عادة تأمل (قوله خلافا لهما) أى فى ذات المحرم فقط كما مر (قوله فظهر أن تقسيمها الخ) إن أراد التقسيم من حيث الحكم فهى اثنان عند الكل ، غايته أن حكم شبهة العقد عند الإمام حكم شبهة المحل . وعندهما حكم شبهة الفعل، وإن أراد التقسيم من حيث المفهوم فهى اثنان أيضا لأن شبهة العقد منها ماهو شبهة الفعل كمعتدة الثلاث كما صرح به فى النهر فى باب ثبوت النسب ، ومنها ماهو شبهة المحل كمسألة المتن اهـ ح (قوله وحد بوطء أمة أخيه الخ) أى وإن قال ظننت أنها تحل لى لأنه لاشبهة فى الملك ولا فى الفعل لعدم انبساط كل فى مال الآخر ، فدعوى ظنه الحل غير معتبرة . ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن أن وطأه هذه ليس زنا محرما فلايعارض مامر عن المحيط من أن شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام فتح (قوله سوى الولاد) بالكسر مصدر ولدت المرأة ولادا وولادة أى سوى قرابة الولادة : أى قرابة الأصول أو الفروع فلا حد فيها ، لكن لا يحد فى قرابة الأصول إذا ظن الحل كما مر (قوله وجدت على فراشه) يعنى فى ليلة مظلمة كما فى الخانية شرنبلالية فيعلم حكم النهار بالأولى (قوله إلا إذا دعاها) يعنى الأعمى بخلاف البصير كما فى الخانية ، وهو ظاهر عبارة الزيلعى والفتح أيضا .

ثم اعلم أن ماذكره المصنف والشارح هو المذكور فى المتون والشروح ، وعزاه فى التتارخانية إلى المنتقى والأصل لكنه قال بعد ذلك : وفى الظهيرية رجل وجد فى بيته امرأة فى ليلة ظلماء فغشيها وقال ظننت أنها امرأتى لا حد عليه ، ولو كان نهارا يحد . وفى الحاوى : وعن زفر عن أبى حنيفة فيمن وجد فى حجلته أو فى بيته امرأة فقال ظننت أنها امرأتى ، إن كان نهارا يحد ، وإن كان ليلا لايحد . وعن يعقوب عن أبى حنيفة أن عليه الحد ليلا كان أو نهارا قال أبو الليث : وبرواية زفر يؤخذ اه .

قلت : ومقتضاه أنه لاحد على الأعمى ليلا كان أو نهارا (قوله وجاز) أى العطف على ضمير الرفع المتصل (قوله لايحد الحربى الخ) أى خلافا لأبى يوسف ؛ فعنده يحد الحربى المستأمن أيضا . وقال محمد : لا يحد واحد منهما ، غير أنه قال فى العكس وهو مالو زنى ذمى بمستأمنة كقول الإمام من أن الذمى يحد نهر .

والحاصل أن الزانيين إما مسلمان أو ذميان أو مستأمنان ، أو الرجل مسلم والمرأة ذمية ، أو مستأمنة أو بالعكس أو الرجل ذمى والمرأة مستأمنة أو بالعكس ، فهى تسع صور . والحد واجب عند الإمام فى الكل إلا فى ثلاث : إذا كانا مستأمنين أو أحدهما أفاده فى البحر .

(و) لايحد بوطء (بهيمة) بل يعزر وتذبح ثم تحرق ، ويكره الانتفاع بها حية وميتة مجتبى . وفى النهر : الظاهر أنه يطالب ندبا ، لقولهم تضمن بالقيمة (و) لايحد (بوطء أجنبية زفت إليه، وقيل) خبر الواحد كاف

مطلب فى وطء الدابة

(قوله وتذبح ثم تحرق) أى لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت وليس بواجب كما فى الهداية وغيرها ، وهذا إذا كانت مما لايؤكل ، فإن كانت تؤكل جاز أكلها عنده ، وقالا : تحرق أيضا ، فإن كانت الدابة لغير الواطئ يطالب صاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة ثم تذبح ، هكذا قالوا ولا يعرف ذلك إلا سماعا فيحمل عليه زيلعى ونهر (قوله الظاهر أنه يطالب ندبا الخ) أى قولهم يطالب صاحبها أن يدفعها إلى الواطئ ليس على طريق الجبر . وعبارة النهر : والظاهر أنه يطالب على وجه الندب ، ولذا قال فى الخانية كان لصاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة اه . وعبارة البحر : والظاهر لايجبر على دفعها .

[تنبيه] لو مكنت امرأة قردا من نفسها فوطئها كان حكمها كإتيان البهائم جوهرة أى فى أنها لاحد عليها بل تعزر . وهل يذبح القرد أيضا ؛ مقتضى التعليل بقطع امتداد التحدث نعم فتأمل (قوله خبر الواحد كاف الخ) جملة معترضة بين القول ومقوله ، والأولى ذكرها بعد هى عرسك لئلا يوهم أنها مقولة القول ، والمراد أن تعبير المصنف كالكنز بقيل أولى من تعبير القدورى بقالن .

مطلب فيمن وطء من زفت إليه

[تنبيه] مقتضى هذا كله أنه لايسقط الحد بمجرد الزفاف وأنه لابد من أن ينضم إليه الإخبار بأنها زوجته ويلزم عليه أن من زفت إليه زوجته ليلة عرسه ولم يكن يعرفها أنه لايحل له وطؤها مالم تقل له واحدة أو أكثر إنها زوجتك، وهو خلاف الواقع بين الناس، وفيه حرج عظيم لأنه يلزم منه تأثيم الأمة . والظاهر أنه يحل وطؤها بدون إخبار ولا سيما إذ أحضرها النساء من أهله وجيرانه إلى بيته وجليت على المنصة(١) ثم زفت إليه ، فإن احتمال غلط النساء فيها وأنها غيرها أبعد مايكون ، ومع هذا لو فرض الغلط وقد وطئها على ظن أنها زوجته وأنها تحل له فوجوب الحد عليه إذا لم يقل له أحد إنها زوجتك فى غاية البعد أيضا ، إذ لاشك أن هذه الشبهة أقوى من شبهة العقد على أمه أو بنته وظنه حلها له ، وأقوى من ظنه حل أمة أبويه ونحوها ، وكذا من وجدها على فراشه ليلا على ماصححه أبو الليث . ورأيت فى الخانية : رجل زفت إليه غير امرأته ولم يكن رآها قبل ذلك فوطئها كان عليه المهر ولا حد عليه اه وظاهره أن الإخبار غير شرط . وأظهر منه مافى كافى الحاكم الشهيد : رجل تزوج فزفت إليه أخرى فوطئها لاحد عليه ولا على قاذفه :

رجل فجر بامرأة ثم قال حسبتها امرأتى قال عليه الحد ، وليست هذه كالأولى لأن الزفاف شبهة ؛ ألا ترى أنها إذا جاءت بولد ثبت نسبه منه ، وإن جاءت هذه التى فجر بها بولد لم يثبت نسبه منه اه فقوله لأن الزفاف شبهة صريح فى أن نفس الزفاف شبهة مسقطة للحد بدون إخبار ، فهذا نص الكافى ، وهو الجامع لكتب ظاهر الرواية ، فالظاهر أن مافى المتون رواية أخرى ، أو هو محمول على ماإذا لم تقم قرينة ظاهرة من عرس تجتمع فيه النساء أو من إرسال من تأتى بها إليه أو نحو ذلك مما يزيد على الإخبار ، فلو لم يكن شىء من ذلك كما إذا تزوج امرأة ثم بعد مدة أدخلت عليه امرأة فى بيته ولم يعلم أنها التى عقد عليها أو غيرها ولكنه ظن أنها هى فوطئها فهنا لابد من إخبار واحدة أو أكثر بأنها زوجته وإلا لزمه الحد ، هذا ماظهر لى ، ولم أر من تعرض له ، والله تعالى

---

(١) (قوله المنصة) بكسر الميم وبالصاد المهملة المشددة : هو الكرسى الذى تقف عليه العروس فى جلائها مصباح اه منه .

فى كل مايعمل فيه بقول النساء بحر (هى عرسك وعليه مهرها) بذلك قضى عمر رضى الله عنه وبالعدة (أو) بوطء (دبر) وقالا : إن فعل فى الأجانب حد ، وإن فى عبده أو أمته أو زوجته فلا حد إجماعا بل يعزر . قال فى الدرر بنحو الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من محل مرتفع باتباع الأحجار . وفى الحاوى والجلد أصح وفى الفتح يعزر ويسجن حتى يموت أو يتوب ؛ ولو اعتاد اللواطة قتله الإمام سياسة .

قلت : وفى النهر معزيا للبحر : التقييد بالإمام يفهم أن القاضى ليس له الحكم بالسياسة .

[فرع] فى الجوهرة : الاستمناء حرام ، وفيه التعزير ، ولو مكن امرأته أو أمته من العبث بذكره فأنزل كره ولا شىء عليه

أعلم (قوله وعليه مهرها) أى ويكون لها كما قضى به على رضى الله عنه ، وهو المختار لأن الوطء كالجناية عليها لا لبيت المال كما قضى به عمر رضى الله عنه ، وكأنه جعله حق الشرع عوضا عن الحد ، وتمامه فى الزيلعى وغيره (قوله بذلك قضى عمر) كذا وقع في الدرر ، وصوابه علىّ . وفى العزمية أنه سهو ظاهر .

مطلب فى وطء الدبر

(قوله أو بوطء دبر) أطلقه فشمل دبر الصبى والزوجة والأمة فإنه لاحد عليه مطلقا عند الإمام منح ويعزر هداية (قوله حد) فهو عندهما كالزنا فى الحكم فيجلد جلدا إن لم يكن أحصن ، ورجما إن أحصن نهر .

مطلب فى حكم اللواطة

(قوله بنحو الإحراق الخ) متعلق بقوله يعزر . وعبارة الدرر : فعند أبى حنيفة يعزر بأمثال هذه الأمور . واعترضه فى النهر بأن الذى ذكره غيره تقييد قتله بما إذا اعتاد ذلك . قال فى الزيادات : والرأى إلى الإمام فيما إذا اعتاد ذلك ، إن شاء قتله ، وإن شاء ضربه وحبسه . ثم نقل عبارة الفتح المذكورة فى الشرح ، وكذا اعترضه فى الشرنبلالية بكلام الفتح . وفي الأشباه من أحكام غيبوبة الحشفة : ولا يحد عند الإمام إلا إلا إذا تكرر فيقتل على المفتى به اه . قال البيرى : والظاهر أنه يقتل فى المرة الثانية لصدق التكرار عليه اه . ثم ظاهر عبارة الشارح أنه يعزر بالإحراق ونحوه ولو فى عبده ونحوه ، وهو صريح مافى الفتح حيث قال : ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحد إجماعا كذا فى الكافى ، نعم فيه ماذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده (قوله والتنكيس الخ) قال فى الفتح : وكان مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ، ولا شك فى اتباع الهدم بهم وهم نازلون (قوله وفى الحاوى) أى الحاوى القدسى . وعبارته : وتكلموا فى هذا التعزير من الجلد ورميه من أعلى موضع وحبسه فى أنتن بقعة وغير ذلك سوى الإخصاء والجب والجلد أصح اه وسكت عليه فى البحر والنهر فتأمل (قوله التقييد بالإمام الخ) فيه كلام قدمناه قبل هذا الباب (قوله الاستمناء حرام) أى بالكف إذا كان لاستجلاب الشهوة ، أما إذا غلبته الشهوة وليس له زوجة ولا أمة ففعل ذلك لتسكينها فالرجاء أنه لا وبال عليه كما قاله أبو الليث ، ويجب لو خاف الزنا (قوله كره) الظاهر أنها كراهة تنزيه لأن ذلك بمنزلة مالو أنزل بتفخيذ أو تبطين تأمل ، وقدمنا عن المعراج فى باب مفسدات الصوم : يجوز أن يستمنى بيد زوجته أو خادمته ، وانظر ما كتبناه هناك (قوله ولا شىء عليه) أى من حد وتعذير ، وكذا من إثم على ماقلناه .

(ولا تكون) اللواطة (فى الجنة على الصحيح) لأنه تعالى استقبحها وسماها خبيثة ، والجنة منزهة عنها فتح . وفى الأشباه : حرمتها عقلية فلا وجود لها فى الجنة . وقيل سمعية فتوجد . وقيل يخلق الله تعالى طائفة نصفهم الأعلى كالذكور والأسفل كالإناث . والصحيح الأول . وفى البحر حرمتها أشد من الزنا لحرمتها عقلا وشرعا وطبعا ، والزنا ليس بحرام طبعا ، وتزول حرمته بتزوج وشراء بخلافها ، وعدم الحد عنده لا لخفتها بل للتغليظ لأنه مطهر على قول . وفى المجتبى : يكفر مستحلها عند الجمهور (أو زنى فى دار الحرب أو البغى) إلا إذا زنى فى عسكر لأميره ولاية الإقامة هداية .

مطلب لا تكون اللواطة فى الجنة

(قوله ولا تكون اللواطة فى الجنة) قال السيوطى : قال ابن عقيل الحنبلى : جرت مسألة بين أبى على بن الوليد المعتزلى وبين أبى يوسف القزوينى فى ذلك . فقال ابن الوليد : لا يمنع أن يجعل ذلك من جملة اللذات فى الجنة لزوال المفسدة لأنه إنما منع فى الدنيا لما فيه من قطع النسل وكونه محلا للأذى وليس فى الجنة ذلك ، ولهذا أبيح شرب الخمر لما ليس فيه من السكر وغاية العربدة وزوال العقل فلذلك لم يمنع من الالتذاذ بها . فقال أبو يوسف : الميل إلى الذكور عاهة ، وهو قبيح فى نفسه ، لأنه محل لم يخلق للوطء ، ولهذا لم يبح فى شريعة ، بخلاف الخمر وهو مخرج الحدث والجنة نزهت عن العاهات . فقال ابن الوليد : العاهة هى التلويث بالأذى ، فإذن لم يبق إلا مجرد الالتذاذ اهـ كلامه رملى على المنح (قوله حرمتها عقلية) الظاهر أن المراد بالحرمة هنا القبح إطلاقا لاسم المسبب على السبب أى قبحها عقلى ، بمعنى أنه يدرك بالعقل وإن لم يرد به الشرع كالظلم والكفر ، لأن مذهبنا أنه لا يحرم بالعقل شىء أى لا يكون العقل حاكما بحرمته ، وإنما ذلك لله تعالى ، بل العقل مدرك لحسن بعض المأمورات وقبح بعض المنهيات فيأتى الشرع حاكما بوفق ذلك فيأمر بالحسن وينهى عن القبيح . وعند المعتزلة يجب ما حسن عقلا ويحرم ما قبح وإن لم يرد الشرع بوجوبه به أو حرمته . فالعقل عندهم هو المثبت وعندنا المثبت هو الشرع والعقل آلة لإدراك الحسن والقبح قبل الشرع . وعند الأشاعرة لا حظ للعقل قبل الشرع بل العقل تابع للشرع ، فما أمر به الشرع يعلم بالعقل أنه حسن ، وما نهى عنه يعلم أنه قبيح ، وتمام أبحاث المسألة يعلم من كتب الأصول ومن حواشينا على شرح المنار (قوله وقيل سمعية) أى لا يستقل العقل بادراك قبحها قبل ورود الدليل السمعى (قوله فتوجد) أى يمكن أن توجد (قوله وقيل يخلق الله تعالى الخ) هذا خارج عن محل النزاع ، لأن الكلام فى الإتيان فى الدبر (قوله والصحيح الأول) هو أنه لا وجود لها فى الجنة (قوله لحرمتها) أى قبحها كما مر (قوله وتزول حرمته الخ) وجه آخر لبيان أشدية اللواطة ، وهو أن وطء الذكر لا يمكن زوال حرمته بخلاف وطء الأنثى فإنه يمكن بتزوجها أو شرائها (قوله لأنه مطهر على قول) أى قول كثير من العلماء وإن كان خلاف مذهبنا كما مر (قوله يكفر مستحلها) قدم الشارح فى باب الحيض الخلاف فى كفر مستحل وطء الحائض ووطء الدبر ، ثم وفق بما فى التتارخانية عن السراجية : اللواطة بمملوكه أو مملوكته أو امرأته حرام ، إلا أنه لو استحله لا يكفر قاله حسام الدين اهـ أى فيحمل القول بكفره على ما إذا استحل اللواطة بأجنبى ، بخلاف غيره ؛ لكن فى الشرنبلالية أن هذا يعلم ولا يعلم أى لئلا يتجرأ الفسقة عليه بظنهم حله .

[تتمة] للواطة أحكام أخر : لا يجب بها المهر ولا العدة فى النكاح الفاسد ولا فى المأتى بها لشبهة ، ولا يحصل بها التحليل للزوج الأول ، ولا تثبت بها الرجعة ولا حرمة المصاهرة عند الأكثر ، ولا الكفارة فى رمضان فى رواية . ولو قذف بها لا يحد خلافا لهما ، ولا يلاعن خلافا لهما بحر ، وهو مأخوذ من المجتبى . ويزاد ما فى الشرنبلالية عن السراج : يكفى فى الشهادة عليها عدلان لا أربعة خلافا لهما (قوله إلا إذا زنى الخ) يعنى أن ما فى المتن خاص

(ولا) حد (بزنا غير مكلف بمكلفة مطلقا) لاعليه ولا عليها (وفى عكسه حد) فقط .

(ولا) حد (بالزنا بالمستأجرة له) أى للزنا . والحق وجوب الحد كالمستأجرة للخدمة فتح (ولا بالزنا بإكراه و) لا (بإقرار إن أنكر الآخر) للشبهة ، وكذا لو قال اشتريتها ولوحرة مجتبى .

بما إذا خرج من عسكر من له ولاية إقامة الحدود فدخل دار الحرب وزنى ثم عاد ، أو كان مع أمير سرية أو أمير عسكر فزنى ثمة ، أوكان تاجرا أو أسيرا . أما لو زنى مع عسكر من له ولاية إقامة الحد فإنه يحد ، بخلاف أمير العسكر أو السرية لأنه إنما فوض لهما تدبير الحرب لا إقامة الحدود ، وولاية الإمام منقطعة ثمة كما فى الفتح شرنبلالية (قوله لا عليه ولا عليها) لأن فعل الرجل أصل فى الزنا والمرأة تابعة له ، وامتناع الحد فى حق الأصل يوجب امتناعه فى حق التبع نهر ، وكذا لا عقر عليه ، لأنه لو لزمه لرجع به الولى عليها لأمرها له بمطاوعتها له ، بخلاف مالوزنى الصبى بصبية أو بمكرهة فإنه يجب عليه العقر كما فى الفتح شرنبلالية (قوله والحق وجوب الحد) أى كما هو قولهما ، وهذا بحث لصاحب الفتح ، وسكت عليه فى النهر والمتون والشروح على قول الإمام (قوله ولا بالزنا بإكراه) هذا مارجع إليه الإمام ، وكان أولا يقول إن الرجل يحد لأنه لايتصور إلا بإنتشار الآلة ، وهو آية الطواعية ، بخلاف المرأة فلا تحد إجماعا ، وأطلق فشمل الإكراه من غير السلطان على قولهما المفتى به من تحققه من غيره ، وهو اختلاف عصر وزمان ، وتمامه فى البحر . قال ط : والمراد أنه لايجب على الزانى المكره ؛ فلو زنى مكرها بمطاوعة وجب عليها الحد كما فى حاشية الشلبى (قوله ولا بإقرار إن أنكره الآخر) أى لو أقر أحدهما بالزنا أربع مرات فى أربع مجالس وأنكر الآخر ، سواء ادعى المنكر النكاح أو لم يدعه لايحد المقر خلافا لهما فى الثانية لانتفاء الحد عن المنكر بدليل موجب للنفى عنه فأورث شبهة فى حق المقر لأن الزنا فعل واحد يتم بهما ، فإذا تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه لأنه ما أطلق بل أقر بالزنا بمن درأ الشرع الحد عنه ، بخلاف مالو أطلق وقال زنيت فإنه لاموجب شرعى يدفعه ، ومثله لو أقر بالزنا بغائبة لأنه لم ينتف فى حقها بما يوجب النفى وهو الإنكار ، ولذا لو حضرت وأقرت تحد ، فظهر أن الاعتبار للإنكار لا للغيبة فتح ملخصا .

قلت : ويظهر من هذا أن السكوت لايقوم مقام الإنكار تأمل ، نعم تقدم أنه لو أقر بالزنا بخرساء لايحد لاحتمال أنها لو كانت تتكلم لأبدت مسقطا ، وقدمنا فى الباب السابق الفرق بينها وبين الغائبة .

[تنبيه] حيث سقط الحد يجب لها المهر وإن أقرت هى بالزنا وادعى النكاح ، لأنه لما سقط الحد صارت مكذبة شرعا ، ثم لو أنكرت الزنا ولم تدع النكاح وادعت على الرجل حد القذف فإنه يحد له ولا يحد للزنا ، وتمامه فى الفتح (قوله وكذا لو قال اشتريتها ولو حرة) أى ولو كانت حرة لايحد ، لأنه لم يقر بالزنا حيث ادعى الملك وفى كافى الحاكم : زنى بأمة ثم قال اشتريتها شراء فاسدا ، أو على أن للبائع فيه الخيار ، أو ادعى صدقة أو هبة وكذبه صاحبها ولم يكن له بينة درئ عنه الحد اه . وفى التاترخانية عن شرح الطحاوى : شهد عليه أربعة بالزنا وأثبتوه ثم ادعى شبهة فقال ظننت أنها امرأتى لايسقط الحد ؛ ولو قال هى امرأتى أو أمتى لاحد عليه ولا على الشهود اه . وفى البحر لو ادعى أنها زوجته فلا حد وإن كانت زوجة للغير ولا يكلف إقامة البينة للشبهة ، كما لو ادعى السارق أن العين ملكه سقط الحد بمجرد دعواه اه وتقدمت هذه متنا فى الباب السابق .

قلت : وانظر وجه الفرق بين قوله ظننت أنها امرأتى وقوله هى امرأتى ، ولعل وجهه أن قوله ظننت يدل على إقراره بأنها أجنبية عنه فكان إقرارا بالزنا بأجنبية ، بخلاف قوله هى امرأتى أو اشتريتها ونحوه فإنه جازم به وبأن فعله غير زنا فتأمل . بقى هنا شئ وهو أن الشبهة فى هذه المسائل وفى مسألة المتن التى قبلها لم أر من ذكر أنها من أى أقسام الشبه الثلاثة ، وظاهر كلامهم أنها خارجة عنها . ووجهه أنه فى هذه المسائل يدعى حقيقة الملك الذى

(وفى قتل أمة بزناها الحد) بالزنا والقيمة بالقتل ، ولو أذهب عينها لزمه قيمتها وسقط الحد لتملكه الجثة العمياء فأورث شبهة هداية ، وتفصيل مالو أفضاها فى الشرح .

(ولو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه) اتفاقا (بخلاف مالو زنى بها) ثم غصبها ثم ضمن قيمتها كما لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد اتفاقا فتح .

لو ثبت لم يكن وطؤه فيه محرما بخلاف تلك الأقسام . والظاهر أن النسب هنا لا يثبت وأن الفعل تمحض زنا ، وإنما سقط الحد لشبهة صدقه فى دعواه الملك بالعقد أو بالشراء ونحوه ، وبهذا لا يثبت النسب لأن الملك ثابت لغيره وعلى هذا فيمكن دخولها فى شبهة الفعل وهى شبهة الاشتباه لأن مرجعها إلى أنه اشتبه عليه الأمر بظنه الحل ، والله سبحانه أعلم (قوله وفى قتل أمة بزناها) هذا عندهما . وأما عند أبى يوسف فعليه القيمة لا الحد لأنه لم يبق زنا حيث اتصل بالموت كما فى المحيط قهستانى .

قلت : وصحح فى الخانية قول أبى يوسف ، لكن المتون والشروح على الأول بل ماذكر عن أبى يوسف هو رواية عنه لا قوله ، وهى خلاف ظاهر الرواية عنه كما أوضحه فى الفتح (قوله الحد بالزنا والقيمة بالقتل) أشار إلى توجيه وجوب الحد والقيمة بأنهما جنايتان مختلفتان بموجبين مختلفين ط (قوله ولو أذهب عينها) كذا فى البحر وغيره والأظهر عينيها بالتثنية ليلزم كل القيمة لكنه مفرد مضاف فيعم بقرينة قوله الجثة العمياء (قوله فأورث شبهة) أى فى ملك المنافع تبعا فيندرئ عنه الحد ، بخلاف مامر ، فإن الجثة فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ، وتمامه فى الفتح (قوله وتفصيل مالو أفضاها فى الشرح) أى شرح المصنف .

وحاصله أنه إن أفضاها وهى كبيرة مطاوعة بلا دعوى شبهة حد ، ولا عقر عليه لرضاها به ، ولا مهر لوجوب الحد ، وإن كان مع دعوى شبهة فلا حد ويجب العقر ، وإن كانت مكرهة ولم يدّع شبهة لزمه الحد لا المهر ، وضمن ثلث الدية إن استمسك بولها وإلا فكلها لتفويته جنس المنفعة على الكمال ، وإن ادعى شبهة فلا حد ، ثم إن استمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر فى ظاهر الرواية ، وإن لم يستمسك فكل الدية ولا مهر خلافا لمحمد ، وإن أفضاها وهى صغيرة ، فإن كانت يجامع مثلها فكالكبيرة إلا فى حق سقوط الأرش برضاها ، وإلا فلا حد ولزمه ثلث الدية والمهر كاملا إن استمسك بولها وإلا فكل الدية دون المهر خلافا لمحمد لدخول ضمان الجزء لضمان الكل ، كما لو قطع أصبع إنسان ثم كفه قبل البرء اهـ (قوله فلا حد عليه اتفاقا) لأنه ملكها بالضمان فأورث شبهة فى ملك المنافع أخذا مما مر وهذا إذا لم تمت .

ففى الجوهرة : ولو غصب أمة فزنى بها فماتت من ذلك أو غصب حرة ثيبا فزنى بها فماتت من ذلك . قال أبو حنيفة عليه الحد فى الوجهين مع دية الحرة وقيمة الأمة أما الحرة فلا إشكال فيها لأنها لا تملك بدفع الدية ، وأما الأمة فإنها تملك بالقيمة إلا أن الضمان وجب بعد الموت والميت لا يصلح تملكه (قوله كما لو زنى بحرة) تقدمت متنا فى الباب السابق عند قوله وندب تلقينه (قوله لا يسقط الحد) أى فى المسألتين لعدم الشبهة وقت الفعل كما ذكره الشارح هناك ، وقوله اتفاقا ذكره فى الفتح عن جامع قاضيخان فى المسألة الأخيرة ، وقدم الشارح أنه الأصح ، ومفادة الخلاف . وذكر فى البحر هناك عن المحيط : لو تزوج المزنى بها أو اشتراها لا يسقط الحد فى ظاهر الرواية لأنه لا شبهة له وقت الفعل اهـ ثم ذكر فى أول هذا الباب عن الظهيرية خلافا فى المسألتين هو أنه لا حد فيهما عنده بل عند أبى يوسف : وروى الخلاف بالعكس . وروى الحسن عن الإمام أنه لا حد فى الشراء بل فى التزوج لأنه بالشراء يملك عينها ، بخلاف التزوج .

(والخليفة) الذى لا والى فوقه (يؤخذ بالقصاص والأموال) لأنهما من حقوق العباد ، فيستوفيه ولى الحق إما بتمكينه أو بمنعة المسلمين ، وبه علم أن القضاء ليس بشرط لاستيفاء القصاص والأموال بل للتمكين فتح (ولا يحد) ولو لقذف لغلبة حق الله تعالى وإقامته إليه ولا ولاية لأحد عليه (بخلاف أمير البلدة) فإنه يحد بأمر الإمام ، والله أعلم .

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

(شهدوا بحد متقادم بلا عذر) كمرض أو بعد مسافة أو خوف أو خوف طريق (لم تقبل) للتهمة (إلا فى حد القذف) إذ فيه حق العبد (ويضمن المال المسروق) لأنه حق العبد فلا يسقط بالتقادم (ولو أقر به) أى بالحد

قلت : ومسألة الغصب الثانية التى ذكرها المصنف توافق ظاهر الرواية (قوله أما بتمكينه) أى تمكين الخليفة ولى الحق من الاستيفاء (قوله وبه علم الخ) لأنه لم يشترط القضاء هنا ، فلو قتل الولى القاتل قبل القضاء لم يضمن وكذا لو أخذ ماله من غاصبه ، بخلاف مالو قتل أحد الزانى قبل القضاء برجمه فإنه يضمن كمامر ، لأن القضاء شرطه (قوله ولا ولاية لأحد عليه) أى ليستوفيه .

وفائدة الإيجاب الاستيفاء ، فإذا تعذر لم يجب . وأورد عليه ما المانع من أن يولى غيره الحكم بما يثبت عنده كما فى الأموال ، قيل ولا مخلص إلا إن ادعى أن قوله تعالى — فاجلدوا — يفهم أن الخطاب للإمام أن يجلد غيره وقد يقال أين دليل إيجاب الاستنابة فتح ، والله سبحانه أعلم .

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

تقدم أن الزنا يثبت بالإقرار والبينة ، وقدم كيفية ثبوته بالأول لأن الثانى أندر نادر لضيق شروطه . وأيضا لم يثبت عنده صلى الله عليه وسلم ولا عند أصحابه بعده إلا بالإقرار كما فى الفتح (قوله شهدوا بحد متقادم) أى بسبب حد لأنه المشهود به لانفس الحد اهـ ح أى ففى التعبير تساهل كما فى الفتح (قوله للتهمة) لأن الشاهد مخير بين أداء الشهادة والستر ، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعده لعداوة حركته فيتهم فيها وإن كان لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع ، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لايعادى نفسه هداية . وأورد على قوله يصير فاسقا بأن ذلك لو كان الأداء واجبا وليس كذلك ، إلا أن يجاب بأن سقوط الوجوب لأجل الستر فإذا أدى لم يوجد موضع الرخصة المسقطة للوجوب تأمل (قوله إذ فيه حق العبد الخ) أى وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى اهـ ح .

قال فى الهداية : فحد الزنا والشرب والسرقة خالص حقه تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعا . وحد القذف فيه حق العبد ، لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لايصح رجوعه بعد الإقرار ، والتقادم غير مانع فى حقوق العباد ، ولأن الدعوى فيه شرط ، فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف السرقة لأن الدعوى ليست بشرط للحد لأنه خالص حقه تعالى على مامر ، وإنما تشترط للمال هداية .

وحاصله أن فى السرقة أمرين الحد والمال ، وإنما تشترط الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ، ولذا ثبت المال بها بعد التقادم لأنه لايبطل به ، بخلاف الحد (قوله ويضمن المال الخ) عطف على قوله لم تقبل . قال فى البحر : وقولهم بضمان المال مع تصريحهم بوجود التهمة فى شهادتهم مع التقادم مشكل ، لأنه لا شهادة للمتهم ولو بالمال ، إلا أن يقال إنها غير محققة ، وإنما الموجود الشبهة اهـ أى إنما سقط الحد لاحتمال العداوة ، وذلك غير محقق لكنه يصير شبهة يسقط بها الحد دون المال (قوله لأنه حق العبد) ولأن تأخير الشهادة لتأخير الدعوى لايوجب فسقا ،

(مع التقادم حد) لانتفاء التهمة (إلا فى الشرب) كما سيجئ (وتقادمه بزوال الريح ، ولغيره بمضى شهر) هو الأصح .

(ولو شهدوا بزنا متقادم حد الشهود عند البعض ، وقيل لا) كذا فى الخانية .

(شهدوا على زناه بغائبة حدّ ، ولو على سرقة من غائب لا) لشرطية الدعوى فى السرقة دون الزنا .

(أقر بالزنا بمجهولة حد ، وإن شهدوا عليه بذلك لا) لاحتمال أنها امرأته أو أمته (لاختلافهم فى طوعها أو فى البلد ؛ ولو) كان (على كل زنا أربعة) لكذب أحد الفريقين ؛ يعنى إن ذكروا وقتا واحدا وتباعد المكانان

وينبغى أنهم لو أخروا الشهادة لا لتأخير الدعوى أن لاتقبل فى حق المال أيضا كما فى الفتح نهر (قوله لانتفاء التهمة) لأن الإنسان لايعادى نفسه كما مر (قوله إلا فى الشرب) فإن التقادم فيه يبطل الإقرار عند أبى حنيفة وأبى يوسف بحر عن غاية البيان ، وأما عند محمد فلا يبطله ، وسيجيء تصحيحه فى بابه (قوله هو الأصح) اعلم أن التقادم عند الإمام مفوض إلى رأى القاضى فى كل عصر ، لكن الأصح ماعن محمد أنه مقدر بشهر ، وهو مروى عنهما أيضا . وقد اعتبره محمد فى شرب الخمر أيضا . وعندهما هو مقدر بزوال الرائحة ، وجزم به فى الكنز فى بابه ، فظاهره كغيره أنه المختار . فعلم أن الأصح اعتبار الشهر إلا فى الشرب بحر ، وبه ظهر أن ماذكره المصنف ليس قول محمد على إطلاقه بل هو ماش على قولهما فى الشرب . وعلى قول محمد فى غيره فافهم (قوله وقيل لا) أقول هذا هو المذهب لأنه هو المذكور فى كافى الحاكم الشهيد، حيث قال : وإذا شهد الشهود على رجل بزنا قديم لم آخذ بشهادتهم ولا أحدهم اه ولذا قال الكرخى إنه الظاهر : أى ظاهر الرواية . وعلله فى العناية بأن عددهم متكامل وأهلية الشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا (قوله بغائبة) أى والشهود يعرفونها ، إذ لاحد عليه بعدم معرفتها كما يأتى شرنبلالية (قوله ولو على سرقة) مثلها القذف كما يشير إليه تعليله ح (قوله لشرطية الدعوى الخ) أى أنها شرط للعمل بالبينة ، لأن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه فلا تقبل بلا دعوى ، وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضى ولايقال : يحتمل أن الغائبة لو حضرت تدعى النكاح فيسقط الحد . لأنا نقول دعواها النكاح شبهة واحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فلا تعتبر وإلا أدى إلى نفى كل حد لأن ثبوته بالبينة أو الإقرار . ويحتمل أن يرجع المقر أو الشهود وذلك لايعتبر ، لأن نفس هذا الرجوع شبهة واحتماله شبهة الشبهة أفاده فى الفتح (قوله حد) لأنه لايخفى عليه من له فيها شبهة فإنه كما لايقر على نفسه كاذبا لايقر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لم تشتبه عليه ، وصار معنى قوله لم أعرفها أى باسمها ونسبها ، ولكن علمت بأنها أجنبية ، فكان هذا كالمنصوص عليه ، بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من تشتبه عليه فلايكون قول الشاهد لاأعرفها موجبا للحد فتح (قوله لاحتمال أنها امرأته أو أمته) لو قال لاحتمال أن يكون له فيها شبهة لكان أعم اه ح . وفى كافى الحاكم : وإن قال المشهود عليه إن التى رأوها معى ليست لى بامرأة ولا خادم لم يحد أيضا لتصور أن تكون أمة ابنه أو منكوحته نكاحا فاسدا بحر (قوله كاختلافهم فى طوعها) بأن شهد اثنان أنه أكرهها وآخران أنها طاوعته لم يحدا عنده . وقالا : يحد الرجل لاتفاقهم على أنه زنى ، وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية وهى الإكراه وله أنه زناءان مختلفان لم يكمل فى كل نصاب ، لأن زناها طوعا غير مكرهة فلا حد ولأن الطوع يقتضى اشتراكهما فى الفعل والكره يقتضى تفرده فكانا غيرين ولم يوجد فى كل نصاب . ثم إن اتفاق الشهود على النسبة إلى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفا ، وتمامه فى الزيلعى (قوله ولو على كل زنا أربعة) راجع لقوله أو فى البلد كما اقتضاه كلام الشراح فى تصويرهم المسألة وتعليلهم بامتناع فعل واحد فى ساعة واحدة فى مكانين

وإلا قبلت فتح (ولو اختلفوا فى) زاويتى (بيت واحد صغير جدا) أى الرجل والمرأة استحسانا لإمكان التوفيق ؛

(ولو شهدوا على زناها و) لكن (هى بكر) أو رتقاء أو قرناء (أو هم فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وإن) وصلية (شهد الأصول) بعد ذلك (لم يحد أحد) وكذا لو شهدوا على زناه فوجد مجبوبا .

(ولو شهدوا بالزنا و) لكن (هم عميان أو محدودون فى قذف أو ثلاثة أو أحدهم محدود أو عبد أو وجد أحدهم كذلك بعد إقامة الحد حدوا) للقذف إن طلبه المقذوف (وأرش جلده) وإن مات منه (هدر)

متباينين فتيقنا بكذب أحد الفريقين وظاهره أنه لو شهد أربعة بالطوع وأربعة بالإكراه يحدان، وبه جزم محشى مسكين معللا بعدم التيقن بكذب أحد الفريقين حيث لم يذكروا وقتا واحدا، وجزم ح بأن لاحد لما مر أول الباب السابق من أن الحد يسقط فى دعوى الإكراه إذا برهن . قال : ومعلوم أن ذلك بعد ثبوت الحد عليه بالبينة والبينة المثبتة للحد لابد وأن تشهد بالطوع اهـ .

قلت : هذا إنما يظهر إذ ذكروا وقتا واحدا وإلا فيمكن حمله على فعلين أحدهما بالإكراه والآخر بالطوع وأما مامر فى الباب السابق فهو فيما إذا شهد أربعة على زناه طوعا وأقام شاهدين على الإكراه فى ذلك الفعل بعينه لامطلقا فيندرئ الحد عنه للشبهة فافهم ، والله سبحانه أعلم (قوله وإلا) بأن اتحد الوقت وتقارب المكانان أو اختلف الوقت وتباعد المكانان ، أو تقاربا ح (قوله فى زاويتى بيت) أى جانبيه (قوله لإمكان التوفيق) بأن يكون ابتداء الفعل فى زاوية والانتهاء فى أخرى بالاضطراب والحركة بحر . لايقال : هذا توفيق لإقامة الحد والواجب درؤه بأن التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل ، إذ لو شهد أربعة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم فى وقت آخر ، وقبولهم مبنى على الاتحاد وإن لم ينصوا عليه ، أفاده فى الفتح (قوله ولكن هى بكر) إقحام الشارح لفظة لكن غير ظاهر لأن الواو فى كلام المصنف واو الحال والجملة حالية ، وكذا قوله بعده ولكن هم عميان كما أفاده ط (قوله لم يحد أحد) أى من الشهود والمشهود عليهما فى المسائل الثلاث .

أما الأولى فلأن الزنا لايتحقق مع بقاء البكارة ونحوه فلا يحدان لظهور الكذب ، ولا الشهود لأن ثبوت البكارة ونحوها بقول امرأة أو أكثر حجة فى إسقاط الحد لافى إيجابه .

وأما الثانية فلم يحد لاشتراط العدالة لثبوت الزنا ولا الشهود سواء علم فسقهم فى الابتداء أو ظهر بعده ، لأن الفاسق من أهل الأداء والتحمل وإن كان فى أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولذا لو قضى بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا فسقط الحد عنهم ، ولذا لايحد القاذف لو أقام أربعة من الفساق على زنا المقذوف .

وأما الثالثة فلأن الشهادة على الشهادة لاتجوز فى الحدود لزيادة الشبهة باحتمال الكذب فى موضعين فى الأصول وفى الفروع ، ولايحد الفروع لأن الحاكى للقذف غير قاذف وكذا الأصول بالأولى ، ولو شهدوا بعد الفروع لرد شهادتهم من وجه برد شهادة الفروع اهـ ملخصا من البحر (قوله فوجد مجبوبا) وجه عدم حد الشهود فيه يؤخذ مما عللوا به أيضا فى البكارة والرتق وهو تكامل عددهم ولفظ الشهادة ، ثم رأيته كذلك فى الدرر فافهم . وأيضا سيأتى أن المجبوب لاحد على قاذفه وبه علل المسألة هنا الحاكم فى الكافى (قوله عميان) أى أو عبيدا أو صبيان أو مجانين أو كفار نهر (قوله حدو القذف) أى دون المشهود عليه لعدم أهلية الشهادة فيهم أو عدم النصاب فلا يثبت الزنا (قوله وأرش جلده) أى إذا كان جرحه الجلد كما فى الهداية (قوله خلافا لهما) حيث قال إن الأرش فى بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاد للقاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة

خلافا لهما (ودية رجمه فى بيت المال اتفاقا) ويحد من رجع من الأربعة (بعدالرجم فقط) لانقلاب شهادته بالرجوع قذفا (وغرم ربع الدية و) إن رجع (قبله) أى الرجم (حدوا) للقذف (ولا رجم) لأن الإمضاء من القضاء فى باب الحدود .

(ولا شىء على خامس) رجع بعد الرجم (فإن رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) ولو رجع الثالث ضمن الربع ، ولو رجع الخمسة ضمنوها أخماسا حاوى .

(وضمن المزكى دية المرجوم إن ظهروا) غير أهل للشهادة (عبيدا أو كفارا) وهذا إذا أخبر المزكى

فى مالهم . وله أن الفعل الجارح لاينتقل للقاضى لأنه لم يأمر به فيقتصر على الجلاد إلا أنه لايجب عليه الضمان فى الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة ، ابن كمال .

وعلى هـذا الخلاف إذا رجع الشهود لايضمنون عنده . وعندهما يضمنون ، وتمامه فى الهداية والنهر . وفى العزمية عن بعض شروح الهداية : ومعرفة الأرش أن يقوّم المحدود عبدا سليما من هذا الأثر فينظر ماينقص به القيمة ينقص من الدية بمثله اه .

قلت : لكن قوله ينقص من الدية بمثله لامحل له ، بل الظاهر أن يقال فينظر ماينقص به القيمة يؤخذ من الشهود . وبيانه أنه لو فرض أن قيمته سليما ألف وقيمته بهذه الجراحة تسعمائة تكون الجراحة نقصته مائة هى الأرش فيرجع على الشهود بها (قوله فقط) قيد لقوله يحد من رجع أى يحد الراجع فقط حد القذف دون الباقين لبقاء شهادتهم (قوله وغرم ربع الدية) لأن التالف بشهادته ربع الحق ، وكذا لو رجع الكل حدوا وغرموا الدية نهر ، وقول البحر وغرموا ربع الدية صوابه جميع الدية كما قاله الرملى (قوله وإن رجع قبله) أى الرجم سواء كان قبل القضاء أو بعده نهر (قوله حدوا للقذف) أى حد الشهود كلهم . أما إذا كان قبل القضاء فهو قول علمائنا الثلاثة لأنهم صاروا قذفة . وأما بعده فهو قولهما . وقال محمد : يحد الراجع فقط لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ إلا فى حق الراجع . ولهما أن الإمضاء من القضاء ، ولذا سقط الحد عن المشهود عليه نهر (قوله لأن الإمضاء الخ) هذا التعليل فيما إذا كان الرجوع بعد القضاء واقتصر عليه لعدم الخلاف عند الثلاثة فيما قبله فافهم . ومعناه أن إمضاء الحد من تمام القضاء به .

وثمرته تظهر أيضا فيما إذا اعترضت أسباب الجرح أو سقوط إحصان المقذوف أو عزل القاضى كما فى المعراج (قوله حدا وغرما ربع الدية) أما الحد فلانفساخ القضاء بالرجم فى حقهما . وأما الغرم فلأن المعتبر بقاء من بقى لارجوع من رجع . وقد بقى من يبقى ببقائه ثلاثة أرباع الدية فيلزمهما الربع . فإن قيل الأول منهما حين رجع لم يلزمه شىء فكيف يجتمع عليه الحد والضمان بعد ذلك برجوع غيره . قلنا وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه وإتلافه بشهادته ، وإنما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق فإذا زال المانع برجوع الثانى ظهر الوجوب ح عن الزيلعى (قوله ولو رجع الثالث ضمن الربع) وكذا الثانى والأول بحر عن الحاوى القدسى (قوله ولو رجع الخمسة) أى معا لامرتبا (قوله وضمن المزكى) أفرده لأنه لايشترط العدد فى التزكية كما فى الفتح : أى ضمن من زكى شهود الزنا إذا رجع عن التزكية وتؤخذ الدية من ماله لامن بيت المال خلافا لهما ، لأن الشهادة إنما تصير حجة بالتزكية فكانت فى معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان إذا رجعوا لأنه محض الشرط (قوله إن ظهروا) أى شهود الزنا (قوله عبيدا أو كفارا) بيان لقوله غير أهل ، أشار به إلى أن المراد به كونهم غير أهل للأداء وإن كانوا أهلا للتحمل (قوله وهذا الخ) تورك على المصنف

بحرية الشهود وإسلامهم ثم رجع قائلا تعمدت الكذب وإلا فالدية فى بيت المال اتفاقا ولا يحدون للقذف لأنه لا يورث بحر (كما لو قتل من أمر برجمه) بعد التزكية (فظهروا كذلك غير أهل) فإن القاتل يضمن الدية استحسانا لشبهة صحة القضاء ، فلو قتله قبل الأمر أو بعده قبل التزكية اقتص منه كما يقتص بقتل المقضى بقتله قصاصا ظهر الشهود عبيدا أولا لأن الاستيفاء للولى زيلعى من الردة (وإن رجم ولم يزك) الشهود (فوجدوا عبيدا فديته فى بيت المال) لامتثاله أمر الإمام فنقل فعله إليه (وإن قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت)

حيث ترك كالكنز قيد الرجوع أخذا بظاهر كلام المنظومة ، وقد حقق المقام فى الفتح فراجعه (قوله بحرية الشهود وإسلامهم) أى وعدالتهم ، وقيد بالإخبار بذلك ليكون تزكية سواء كان بلفظ الشهادة أو بلفظ الإخبار ، لأنه لو أخبر بأنهم عدول ثم ظهروا عبيدا لم يضمن اتفاقا لأنها ليست تزكية والقاضى قد أخطأ حيث اكتفى بهذا القدر بحر (قوله وإلا) أى وإن لم يرجع بل استمر على تزكيته قائلا هم أحرار مسلمون ، وكذا لو قال أخطأت فتح (قوله ولا يحدون) أى الشهود ، وكذا لا يضمنون بحر (قوله لأنه لا يورث) لأنهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث كما فى الفتح .

قلت : ولا يرد عليه المسألة المتقدمة ، وهى ما إذا رجع أحد الأربعة بعد الرجم لما مر من انقلاب شهادته بالرجوع قذفا : أى لأنها حين وقعت كانت معتبرة شهادة ثم انفسخت فصارت قذفا للحال كما حققه فى الفتح هناك (قوله كما لو قتل الخ) هكذا عبر فى الدرر .

واعترض بأنه يوهم أن الضامن هو المزكى وليس كذلك بل هو القاتل ، فالتشبيه بين الضمانين فقط لا مع ما أسند إليهما . والأوضح قول الوقاية ضمن الدية من قتل المأمور برجمه أو زكى شهود زناه فظهروا عبيدا أو كفارا اهـ (قوله بعد التزكية) قيد به لأن المراد بالأمر هو الكامل ، وهو أن يكون بعد استيفاء ما لابد منه نهر ، ويأتى محترزه (قوله فظهروا كذلك) أما لو لم يظهروا كذلك فلا شىء على القاتل ، لكنه يعزر لافتياته على الإمام بحر عن الفتح ، وقدمه الشارح أول الحدود عن النهر بحثا (قوله غير أهل) بدل من قوله كذلك (قوله يضمن الدية) أى فى ماله لأنه عمد والعاقلة لا تعقل العمد ، وتجب فى ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل فيجب مؤجلا كالدية فتح (قوله استحسانا) والقياس وجوب القصاص لأنه قتل نفسا محقونة الدم عمدا بفعل لم يؤمر به ، إذ المأمور به الرجم فلا يصير فعله منقولا إلى القضاء (قوله لشبهة صحة القضاء) أى ظاهرا لأنه حين قتله كان القضاء بالرجم صحيحا ظاهرا فأورث شبهة الإباحة (قوله قبل الأمر) أى قبل القضاء بالرجم كما عبر فى الفتح ، لأن المراد بالأمر الكامل كما مر (قوله أو بعده) أى بعد الأمر قبل التزكية خطأ من القاضى بحر (قوله اقتص منه) أى فى العمد ووجب فى الخطإ الدية على عاقلته فى ثلاث سنين بحر (قوله كما يقتص الخ) التشبيه من حيث وجوب القصاص فقط . وأفاد الفرق بين المسألتين من حيث وجوب القصاص هنا وإن لم يظهر الشهود عبيدا ، وذلك أن المقضى بقتله قصاصا حق الاستيفاء منه للولى ، بخلاف المقضى برجمه (قوله زيلعى من الردة) أى من باب الردة وهذا العزو كذلك وقع فى البحر ، وعزاه فى النهر إلى الزيلعى من الدية (قوله وإن رجم) بالبناء للمفعول : أى من أمر القاضى برجمه لو رجمه أحد (قوله فديته فى بيت المال) قال فى البحر : لم أر هل الدية تؤخذ حالا أو مؤجلة (قوله فنقل فعله إليه) أى إلى الإمام لأن الراجم فعل ما أمره به وقد ظهر عدم صحة الأمر فنقل فعله إلى الإمام وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم ، بخلاف ما إذا قتله بغير الرجم ، لأنه لم يأتمر أمره فلم ينقل فعله إليه كما أفاده فى الفتح .

لإباحته لتحمل الشهادة (إلا إذا قالوا) تعمدناه (للتلذذ فلا) تقبل لفسقهم فتح (وإن أنكر الإحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه) قبل الزنا نهر (رجم . ولو خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت فهومحصن) بإقراره (دونها) لما تقرر أن الإقرار حجة قاصرة (كما لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال كانت مسلمة) فيرجم المحصن ويجلد غيره ، وبه استغنى عما يوجد فى بعض نسخ المتن من قوله (إذا كان أحد الزانيين محصنا يحد كل واحد منهما حده) فتأمل.

(تزوج بلا ولى فدخل بها لايكون محصنا عند الثانى) لشبهة الخلاف نهر ، والله أعلم .

مطلب المواضع التى يحل فيها النظر إلى عورة الأجنبى

(قوله لإباحته لتحمل الشهادة) ومثله نظر القابلة والخافضة والختان والطبيب . وزاد فى الخلاصة : من مواضع حل النظر للعورة عند الحاجة الاحتقان والبكارة فى العنة والرد بالعيب فتح .

قلت : وكذا لو ادعى الزانى بكارتها ، ونظمتها بقولى :

ولا تنظر لعورة أجنبى بلا عذر كقابلة طبيب
وختان وخافضة وحقن شهود زنابلاقصد مريب
وعلم بكارة فى عنـــة أو زنا أو حين رد للمعيب

(قوله وإن أنكر الإحصان) أى استجماع شرائطه المتقدمة ،كأن أنكر النكـاح والدخول فيه والحرية (قوله فشهد عليه رجل وامرأتان) أشار به إلى أنه يقبل شهادة النساء فى الإحصان عندنا ، وفيه خلاف زفر والأئمة الثلاثة . وكيفية الشهادة به أن يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها أو باضعها . ولو قالوا دخل بها يكفى عندهما لأنه متى أضيف إلى المرأة بحرف الباء يراد به الجماع : وقال محمد : لايكفى ، وتمامه فى الزيلعى والفتح (قوله أو ولدت زوجته منه) أى إذا ولدت فى مدة يتصور أن يكون منه جعل واطئا شرعا لأن الحكم بثبوت النسب منه حكم بالدخول بها ولهذا يعقب الرجعة زيلعى .

قلت: ظاهره ثبوت الإحصان ولوكان ثبوت النسب بحكم الفراش كتزوج مشرقى بمغربية ،وفيه نظر ، لكن فى الفتح أن الفرض أنهما مقران بالولد، ومثله فى شرح الشلبى تأمل(قوله قبل الزنا) متعلق بولدت. والظاهر أنه غير قيد كما يعلم من تعليل الزيلعى المذكور آنفا ، حتى لو ولدت بعد الزنا لدون ستة أشهر يثبت نسبه ويعلم أنه وقت الزنا كان واطئا لزوجته تأمل (قوله فهو محصن بإقراره) أى مؤاخذة له بإقراره ، فلا يقال إنها بانكارها الوطء لم تصر محصنة فلا يكون هو محصنا أيضا (قوله وبه استغنى الخ) وجه الاستغناء أنه إذا كان أحدهما محصنا دون الآخر علم أن كل واحد منهما إذا زنى يحد بما يستوجبه ، فالمحصن يرجم وغيره يجلد كما أفاده التفريع ، نعم مافى بعض النسخ أعم لأنه يشمل مالو كان عدم إحصان أحدهما ببكارته ، ولعله أشار إلى هذا بقوله فتأمل .

لايقال : مافى بعض النسخ غير صحيح كما توهم ، لأن شرط الرجم إحصان كل ولم يوجد . لأنا نقول شرط الرجم إحصان كل من الزوجين لاالزانيين ، فيرجم من زنى بامرأة إذا كان فيه شروط الإحصان التى منها دخوله بامرأة محصنة مثله . وأما المرأة المزنى بها فلا يشترط لرجمه أن تكون محصنة بل إحصانها شرط لرجمها هى ، فإن كانت محصنة مثله رجمت معه وإلا جلدت ، وهذا ظاهر نبهنا عليه عند الإحصان أيضا فافهم .

والحاصل أن الزانيين إما محصنان فيرجمان ، أوغير محصنين فيجلدان ، أو مختلفان فيرجم المحصن ويجلد غيره (قوله لشبهة الخلاف) أى خلاف العلماء والأخبار فى صحته فلم تكن صحته قطعية ، وهذه المسألة نقلها فى البحر

باب حد الشرب المحرم

(يحد مسلم) فلو ارتد فسكر فأسلم لايحد لأنه لايقام على الكفار ظهيرية ، لكن فى منية المفتى : سكر الذمى من الحرام حد فى الأصح لحرمة السكر فى كل ملة (ناطق) فلا يحد أخرس للشبهة (مكلف) طائع غير مضطر (شرب الخمر ولو قطرة)

عن المحيط كذلك ؛ فيحتمل أن يكون إسنادها إلى أبي يوسف لكونه هو الذى خرجها لالكون غيره قائلا بخلافه ، ويحتمل أن يكون فيها خلافهما ، والأول أظهر لعدم ذكر المخالف تأمل ، والله سبحانه أعلم .

باب حد الشرب

أخره عن الزنا لأن الزنا أقبح منه وأغلظ عقوبة ، وقدمه على حد القذف لتيقن الجريمة فى الشارب دون القاذف لاحتمال صدقه ، وتأخير حد السرقة لأنه لصيانة الأموال التابعة للنفوس بحر (قوله فلو ارتد فسكر الخ) أقول : ذكر فى الدر المنتقى أن المرتد لايحد للشرب سواء شرب قبل ردته أوفيها فأسلم اه ومثله فى كافى الحاكم ، وسيذكر الشارح فى حد القذف عن السراجية لو اعتقد الذمى حرمة الخمرفهو كالمسلم أى فيحد (قوله لأنه لايقام على الكفار) يعنى أنه لما شرب فى ردته لم يكن أهلا لقيام حد الشرب عليه لأنه لايقام على الكفار ، وإذا كان وقت الشرب غير موجب للحد لايحد بعد الإسلام ، بخلاف ما إذا زنى أوسرق ثم أسلم فإنه يحد له لوجوبه قبله كما يفيده ما فى البحر عن الظهيرية فافهم (قوله حد فى الأصح) أفتى به الحسن ، واستحسنه بعض المشايخ . والمذهب أنه إذا شرب الخمر وسكر منه أنه لايحد كما فى النهر عن فتاوى قارئ الهداية ، ومشى فى المنظومة المحبية على الأول كما ذكره الشارح فى الدر المنتقى .

قلت : وعبارة الحاكم فى الكافى من الأشربة : ولاحد على الذمى فى الشراب اه ولم يحك فيه خلافا ، وهو بإطلاقه يشمل مالو سكر منه (قوله لحرمة السكر فى كل ملة) هذا ذكره قارئ الهداية .

قلت : ولى فيه نظر ، فإن الخمر لم تكن محرمة فى صدر الإسلام ، وقد كان الصحابة يشربونها وربما سكروا منها كما جاء صريحا . فمن ذلك ما فى الفتح عن الترمذى عن على رضى الله تعالى عنه « صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فأخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدمونى فقرأت ـ قل يا أيها الكافرون لاأعبد ماتعبدون ـ ونحن نعبد ماتعبدون ، قال : فأنزل الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى الآية » اه فلو كان السكر حراما لزم تفسيق الصحابة . ثم رأيت فى تحفة ابن حجر قال : وشربها المسلمون أول الإسلام ، قيل استصحابا لما كان قبل الإسلام . والأصح أنه بوحى ؛ ثم قيل المباح الشرب لاغيبة العقل لأنه حرام فى كل ملة . وزيفه المصنف يعنى النووى ، وعليه فالمراد بقولهم بحرمته فى كل ملة أنه باعتبار ما استقر عليه أمر ملتنا اه وهذا مؤيد لما بحثته ، لكن فى جوابه الأخير نظر (قوله فلا يحد أخرس) سواء شهد الشهود عليه أو أشار بإشارته المعهودة . وأفاد أن الأعمى يحد كما فى البحر (قوله للشبهة) لأنه لو كان ناطقا يحتمل أن يخبر بما لايحد به كإكراه أو غص بلقمة . قال فى البحر : ولو قال المشهود عليه بشرب الخمر ظننتها لبنا أو لا أعلم أنها خمر لم يقبل ، فإن قال ظننتها نبيذا قبل لأنه بعد الغليان والشدة يشارك الخمر فى الذوق والرائحة (قوله طائع) مكرر مع قول المتن طوعا ح (قوله غير مضطر) فلو شرب للعطش المهلك مقدار مايرويه فسكر لم يحد لأنه بأمر مباح . وقالوا : لو شرب مقداره وزيادة ولم يسكر حد كما فى حالة الاختيار قهستانى ، وبه صرح الحاكم فى الكافى (قوله شرب الخمر) هى النيء من ماء العنب إذا

بلا قيد سكر (أو سكر من نبيذ) ما ، به يفتى (طوعا) عالما بالحرمة حقيقة أو حكما بكونه فى دارنا ، لما قالوا :

غلا واشتد وقذف بالزبد ، فإن لم يقذف فليس بخمر عند الإمام خلافا لهما ، وبقولهما أخذ أبو حفص الكبير خانية ولو خلط بالماء ، فإن كان مغلوبا حد ، وإن كان الماء غالبا لايحد إلا إذا سكر نهر .

مطلب فى نجاسة العرق ووجوب الحد بشربه

وفى أشربة القهستانى : من قال إنها لم تبق خمرا بالطبخ لم يحد شاربها إلا إذا سكر ، وعلى هذا ينبغى أن لايحد شارب العرق مالم يسكر . ومن قال إنها بقيت خمرا فالحكم عنده بالعكس ، وإليه ذهب الإمام السرخسى ، وعليه الفتوى ، كما فى تتمة الفتاوى اهـ .

قلت : علم بهذا أن المعتمد المفتى به أن العرق لم يخرج بالطبخ والتصعيد عن كونه خمرا فيحد بشرب قطرة منه وإن لم يسكر . وأما إذا سكر منه فلا شبهة فى وجوب الحد به ، وقد صرح فى منية المصلى بنجاسته أيضا فلا يغرنك ما أشاعه فى زماننا بعض الفسقة المولعين بشربه من أنه طاهر حلال ، كأنه قاله قياسا على ماقالوه فى ماء الطابق : أى الغطاء من زجاج ونحوه فإنه قياس فاسد ، لأن ذاك فيما لو أحرقت نجاسة فى بيت فأصاب ماء الطابق ثوب إنسان تنجس قياسا لا استحسانا ، ومثله حمام فيها نجاسات فعرق حيطانها وكواتها وتقاطر ، فإن الاستحسان فيها عدم النجاسة للضرورة لعدم إمكان التحرز عنه . والقياس النجاسة لانعقاده من عين النجاسة . ولاشك أن العرق المستقطر من الخمر هو عين الخمر تتصاعد مع الدخان وتقطر من الطابق بحيث لايبقى منها إلا أجزاؤها الترابية ولذا يفعل القليل منه فى الإسكار أضعاف مايفعله كثير الخمر ، بخلاف المتصاعد من أرض الحمام ونحوه فإنه ماء أصله طاهر خالط نجاسة مع احتمال أن المتصاعد نفس الماء الطاهر . ويمكن أن يكون هذا وجه الاستحسان فى طهارته ، وعلى كل فلا ضرورة إلى استعمال العرق الصاعد من نفس الخمر النجسة العين ولايطهر بذلك ، وإلا لزم طهارة البول ، ونحوه إذا أستقطر فى إناء ولا يقول به عاقل . وقد طلب منى أن أعمل بذلك رسالة وفيما ذكرناه كفاية ، (قوله بلا قيد سكر) تصريح بما أفاده قوله ولو قطرة إشارة إلى أن هذا هو المقصود من المبالغة للتفرقة بين الخمر وغيرها من باقى الأشربة وإلا فلا يحد بالقطرة الواحدة لأن الشرط قيام الرائحة . ومن شرب قطرة خمر لايوجد منه رائحتها عادة ، نعم يمكن الحد به على قول محمد الآتى من أنه لو أقر بالشرب لايشترط قيام الرائحة ، بخلاف ما إذا ثبت ذلك بالشهادة ، هذا ماظهر لى ، ولم أر من تعرّض له فتأمل (قوله أو سكر من نبيذ ما) أى من أى شراب كان غير الخمر إذا شربه لايحد به إلا إذا سكر به ، وعبر بما المفيدة للتعميم إشارة إلى خلاف الزيلعى حيث خصه بالأنبذة الأربعة المحرمة بناء على قولهما . وعند محمد ماأسكر كثيره فقليله حرام ، وهو نجس أيضا قالوا : وبقول محمد نأخذ . وفى طلاق البزازية : لو سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل المختار فى زماننا لزوم الحد اهـ نهر .

قلت : وما ذكره الزيلعى تبع فيه صاحب الهداية ، لكنه فى الهداية من الأشربة ذكر تصحيح قول محمد ، فعلم أن مامشى عليه هنا غير المختار كما فى الفتح . وقد حقق فى الفتح قول محمد إن ماأسكر كثيره حرم قليله وأنه لايلزم من حرمة قليله أنه يحد به بلا إسكار كالخمر خلافا للأئمة الثلاثة ، وأن استدلالهم على الحد بقليله بحديث مسلم « كل مسكر خمر » وبقول عمر فى البخارى « الخمر ماخامر العقل » وغير ذلك لايدل على ذلك لأنه محمول على التشبيه البليغ كزيد أسد والمراد به ثبوت الحرمة ، ولا يلزم منه ثبوت الحد بلا إسكار ، وكون التشبيه خلاف الأصل أوجب المصير إليه قيام الدليل عليه لغة وشرعا ، ولا دليل لهم على ثبوت الحد بقليله سوى القياس ولا يثبت الحد به ، نعم الثابت الحد بالسكر منه ، وقد أطال فى ذلك إطالة حسنة ، فجزاه الله خيرا ، ويأتى حكم البنج والأفيون والحشيش (قوله بكونه فى دارنا) أى ناشئا فيها (قوله لما قالوا الخ) تعليل لتفسير العلم الحكمى

لو دخل حربى دارنا فأسلم فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لايحد ، بخلاف الزنا لحرمته فى كل ملة . قلت : يرد عليه حرمة السكر أيضا فى كل ملة فتأمل (بعد الإفاقة) فلو حد قبلها فظاهره أنه يعاد عينى (إذا أخذ) الشارب (وريح ماشرب) من خمر أو نبيذ فتح ، فمن قصر الرائحة على الخمر فقد قصر (موجودة) خبر الريح وهو مؤنث سماعى غاية (إلا أن تنقطع) الرائحة

بكونه فى دارنا ، لكن بالمعنى الذى ذكرناه لابمجرد الكون فى دارنا وإلا لم يوافق التعليل المعلل . ويوضح المقام مافى كافى الحاكم الشهيد من الأشربة حيث قال : وإذا أسلم الحربى وجاء إلى دار الإسلام ثم شرب الخمر قبل أن يعلم أنها محرمة عليه لم يحد ، وإن زنى أو سرق أخذ بالحد ولم يعذر بقوله لم أعلم وأما المولود بدار الإسلام إذا شرب الخمر وهو بالغ فعليه الحد ولا يصدق أنه لم يعلم (قوله قلت يرد عليه الخ) أى على مايفهم من قولهم لحرمته أى الزنا فى كل ملة حيث جعلوه وجه الفرق بين الشرب والزنا ، فإنه يفهم منه أن الشرب لايحرم فى كل ملة مع أنه مناف لما مر من حرمته كذلك . ودفع بأن المحرم فى كل ملة هو السكر لا نفس الشرب ، والمراد التفرقة بين الشرب والزنا .

قلت : وفيه نظر ، فإن قولهم فشرب الخمر جاهلا بالحرمة لا يحد أعم من أن يكون سكر من هذا الشرب أولا ، بل المتبادر السكر ، ولو كان المراد الشرب بلا سكر لكان الواجب تقييده ، أو كان يقال فشرب قطرة نعم قد يدفع أصل الإيراد بمنع حرمة السكر فى كل ملة لما قدمناه فافهم .

[تتمة] لو شرب الحلال ثم دخل الحرم حد ، لكن لو التجأ إلى الحرم لم يحد لأنه قد عظمه ، بخلاف ما إذا شرب فى الحرم لأنه قد استخفه قهستانى عن العمادى ، ويأتى أنه لو شرب فى دار الحرب لايحد . فعلم من مجموع ذلك أنه لايحد للشرب عشرة : ذمى على المذهب ، ومرتد وإن شرب قبل ردته وإن أسلم بعد الشرب وصبى ، ومجنون وأخرس ومكره ، ومضطر لعطش مهلك ، وملتجئ إلى الحرم ، وجاهل بالحرمة حقيقة وحكما ، ومن شرب فى غير دارنا ، وبه يعلم شروط الحد هنا (قوله بعد الإفاقة) أى الصحو من السكر ، وهو متعلق بقوله يحد مسلم (قوله فظاهره أنه يعاد) جزم به فى البحر . قال فى الشرنبلالية : وفيه تأمل اه وبين وجهه فيما نقل عنه بأن الألم حاصل وإن لم يكن كاملا ويصدق عليه أنه حد فلا يعاد بعد صحوه اه .

قلت : وفيه نظر ، لما فى الفتح : ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وهذا بإجماع الأئمة الأربعة ، لأن غيبوبة العقل أو غلبة الطرب تخفف الألم .

ثم ذكر حكاية . حاصلها أن السكران وضع على ركبته جمرة حتى طفئت وهو لايلتفت إليها حتى أفاق فوجد الألم . قال : وإذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته إلا حال الصحو ، وتأخير الحد لعذر جائز اه . وحينئذ فلا يلزم من أن الإمام لو أخطأ فحده قبل صحوه أن يسقط الواجب عليه من إقامة الحد بعد الصحو .

ولا يرد أنه لو قطع يسار السارق لانقطع يمينه أيضا للفرق الواضح ، فإن الانزجار حاصل باليسار أيضا وإن كان الواجب قطع اليمين ، ولأنه لو قطعت اليمين أيضا يلزم تفويت المنفعة من كل وجه وذلك إهلاك ، ولذا لايقطع لو كانت يسراه مقطوعة أو إبهامها (قوله إذا أخذ الشارب) شرط تقدم دليل جوابه وهو قوله يحد مسلم الخ وضمير أخذ يعود عليه وهو المراد بالشارب ، والمراد أخذه إلى الحاكم (قوله وريح ماشرب الخ) قال فى الفتح : فالشهادة بكل منهما : أى من شرب الخمر والسكر من غيره مقيدة بوجود الرائحة ، فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بأن يشهدا به وبالشرب أو يشهد به فقط فيأمر القاضى باستنكاهه فيستنكه ويخبر بأن ريحها موجود اه (قوله وهو مؤنث سماعى) الأولى وهى لعوده إلى الريح ولكنه ذكر ضميرها

(لبعد المسافة) وحينئذ فلابد أن يشهدا بالشرب طائعا ويقولا أخذناه وريحها موجودة (ولا يثبت) الشرب (بها) بالرائحة (ولا بتقايئها ، بل بشهادة رجلين يسألهما الإمام عن ماهيتها وكيف شرب) لاحتمال الإكراه (ومتى شرب) لاحتمال التقادم (وأين شرب) لاحتمال شربه فى دار الحرب ، فإذا بينوا ذلك حبسه حتى يسأل عن عدالتهم ، ولا يقضى بظاهرها فى حد ما خانية .

ولو اختلفا فى الزمان أو شهد أحدهما بسكره من الخمر والآخر من السكر لم يحد ظهيرية (أو) يثبت (بإقراره مرة صاحيا ثمانين سوطا) متعلق بيحد (للحر ، ونصفها للعبد ،

لتذكير الخبر ، والمؤنث السماعى هو مالم يقترن لفظه بعلامة تأنيث ولكنه سمع مؤنثا بالإسناد إن كان رباعيا كهذه العقرب قتلتها ، وبه أو بالتصغير إن كان ثلاثيا كعيينة فى تصغير عين وهذه النار أضرمتها وذلك فى ألفاظ محصورة (قوله لبعد المسافة) أفاد أن زوالها المعالجة دواء لايمنع الحد كما فى حاشية مسكين معزيا إلى المحيط (قوله ولا يثبت الشرب بها) لأنها قد تكون من غيره كما قيل :

يقولون لى انكه قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وانكه بوزن امنع ونكه من بابه : أى أظهر رائحة فمك فتح (قوله بالرائحة) بدل من قوله بها (قوله ولا بتقايئها)مصدر تقايأ اهـ ح لاحتمال أنه شربها مكرها أو مضطرا فلا يجب الحد بالشك ، وأشار إلى أنه لو وجد سكران لايحد من غير إقرار ولا بينة لاحتمال ماذكرنا أو أنه سكر من المباح بحر، لكنه يعزر بمجرد الريح أو السكر كما فى القهستانى (قوله رجلين) احتراز عن رجل وامرأتين، لأن الحدود لاتثبت بشهادة النساء للشبهة كما فى البحر (قوله يسألهما الإمام) أشار إلى مافى البحر عن القنية من أنه ليس لقاضى الرستاق أو فقيه أو المتفقهة أو أئمة المساجد إقامة حد الشرب إلا بتولية الإمام(قوله عن ماهيتها) لاحتمال اعتقادهم أن باقى الأشربة خمر (قوله لاحتمال الإكراه) لكن لو قال أكرهت لايقبل لأنهم شهدوا عليه بالشرب طائعا وإلا لم تقبل شهادتهم ، وتمامه فى البحر (قوله لاحتمال التقادم) هذا مبنى على قول محمد بأن التقادم مقدّر بالزمان وهو شهر ، وإلا فالشرط عندهما أن يؤخذ والريح موجودة كما مر أفاده فى البحر ، فالتقادم عندهما مقدر بزوال الرائحة وهو المعتمد كما مر فى الباب السابق .

والحاصل أن التقادم يمنع قبول الشهادة اتفاقا ، وكذا يمنع الإقرار عندهما لاعند محمد . ورجح فى غاية البيان قوله وفى الفتح أنه الصحيح .

قال فى البحر : والحاصل أن المذهب قولهما إلا أن قول محمد أرجح من جهة المعنى اهـ (قوله من السكر) بفتح السين والكاف : وهو عصير الرطب إذا اشتد ، وقيل كل شراب أسكر عناية .

قلت : وهذا ظاهر على قولهما إنه لايحد بالسكر من الأشربة المباحة ، وكذا على قول محمد إنه يحد لعدم توافق الشاهدين على المشروب ، كما لو شهد اثنان أنه زنى بفلانة واثنان أنه زنى بفلانة غيرها تأمل (قوله ظهيرية) ومثله فى كافى الحاكم (قوله أو بإقراره) عطف على قوله بشهادة رجلين ، وقدر الشارح يثبت لطول الفصل ه قال فى البحر : وفى حصره الثبوت فى البينة والإقرار دليل على أن من يوجد فى بيته الخمر وهو فاسق أو يوجد القوم مجتمعين عليها ولم يرهم أحد شربوها لايحدون وإنما يعزرون ، وكذا الرجل معه ركوة من الخمر اهـ بل تقدم أنه لو وجد سكران لايحد بلا بينة أو إقرار بل يعزر (قوله مرة) رد لقول أبى يوسف إنه لابد من إقراره مرتين بحر . ولم يتعرض لسؤال القاضى المقر عن الخمر ماهى ؟ وكيف شربها ؟ وأين شرب ؟ وينبغى ذلك كما فى الشهادة ولكن فى قول المصنف وعلم شربه طوعا إشارة إلى ذلك شرنبلالية تأمل (قوله متعلق بيحد) أى تعلقا معنويا

وفرق على بدنه كحد الزنا) كما مر .

(فلو أقر سكران أو شهدوا بعد زوال ريحها) لا لبعد المسافة (أو أقر كذلك أو رجع عن إقراره لا) يحد لأنه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه ، ثم ثبوته بإجماع الصحابة ولا إجماع إلا برأى عمر وابن مسعود رضى الله عنهم أجمعين ، وهما شرطا قيام الرائحة .

(والسكران من لا يفرق بين) الرجل والمرأة و (السماء والأرض . وقالا : من يختلط كلامه) غالبا ، فلو نصفه مستقيما فليس بسكران بحر (ويختار للفتوى) لضعف دليل الإمام فتح .

(ولو ارتد السكران) لم يصح ف(لا تحرم عرسه) وهذه إحدى المسائل السبع المستثناة من أنه كالصاحى كما

لأنه مفعول مطلق عامله يحد (قوله كما مر) فلا يضرب الرأس والوجه ، ويضرب بسوط لا ثمرة له، وينزع عنه ثيابه فى المشهور إلا الإزار احترازا عن كشف العورة بحر . وفى شرح الوهبانية : والمرأة تحد فى ثيابها (قوله فلو أقر سكران)أى أقر على نفسه بالحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة لا يحد إلا أنه يضمن المسروق ، بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد، والسكران كالصاحى فيما فيه حقوق العباد عقوبة له لأنه أدخل الآفة على نفسه ، فإذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر ، وينبغى أن يقيد حده للسكر بما إذا شهدا عليه به وإلا فبمجرد سكره لا يحد لإقراره بالسكر ؛ وكذا يؤاخذ بالإقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها فتح ملخصا، وقوله عقوبة له الخ يدل على أنه لو سكر مكرها أو مضطرا لا يؤاخذ بحقوق العباد أيضا (قوله أو أقر كذلك) أى بعد زوال ريحها ، وهذا على قولهما إن التقادم يبطل الإقرار وإنه مقدر بزوال الرائحة (قوله فيعمل الرجوع فيه) لاحتمال صدقه وأنه كاذب فى إقراره . وإذا أقر وهو سكران يزيد احتمال الكذب فيدرأ عنه الحد أيضا (قوله ثم ثبوته الخ) هذا بيان لدليلهما على اشتراط قيام الرائحة وقت الإقرار ، فعند عدم قيامها ينتفى الحد لعدم ما يدل عليه لأن الإجماع لم يكمل إلا بقول من اشترط قيامها ، لكن قدمنا تصحيح قول محمد بعدم الاشتراط وبيانه فى الفتح (قوله والسكران الخ) بيان لحقيقة السكر الذى هو شرط لوجوب الحد فى الشرب ما سوى الخمر من الأشربة .

ولما كان السكر متفاوتا اشترط الإمام أقصاه درءا للحد، وذلك بأن لا يميز بين شىء وشىء، لأن ما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ، نعم وافقهما الإمام فى حق حرمة القدر المسكر من الأشربة المباحة فاعتبر فيها اختلاط الكلام ، وهذا معنى قوله فى الهداية : والمعتبر فى القدر المسكر فى حق الحرمة ما قالاه إجماعا أخذا بالاحتياط اهـ . وذكر فى الفتح أنه ينبغى أن يكون قوله كقولهما أيضا فى السكر الذى لا يصح معه الإقرار بالحدود لأنه يكون أدرأ للحدود ، وكذا فى الذى لا تصح معه الردة ، إذ لو اعتبر فيه أقصاه لزم أن تصح ردته فيما دونه مع أنه يجب أن يحتاط فى عدم تكفير المسلم ، والإمام إنما اعتبر أقصى السكر للاحتياط فى درء حد السكر واعتبار الأقصى هنا خلاف الاحتياط ، هذا حاصل ما فى الفتح .

قلت : لكن ينبغى أن تصح ردته فيما دون الأقصى بالنسبة إلى فسخ النكاح لأن فيه حق العبد ، وفيه العمل بالاحتياط أيضا كما لا يخفى (قوله ولو ارتد السكران لم يصح) أى لم يصح ارتداده : أى لم يحكم به . قال فى الفتح : لأن الكفر من باب الاعتقاد أو الاستخفاف ، ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لأنهما فرع قيام الإدراك . وهذا فى حق الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى، فإن كان فى الواقع قصد أن يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر وإلا لا اهـ. وقد علمت آنفا ما المراد بالسكر هنا (قوله فلا تحرم عرسه) أى بسبب الردة فى حالة السكر ، أما لو طلقها فإنه يقع كما يأتى بيانه (قوله وهذه الخ) يعنى أن حكم السكران من محرم كالصاحى إلا فى سبع : لا تصح ردته

بسطه المصنف معزيا للأشباه وغيرها .

ونقل فى الأشربة عن الجوهرة حرمة أكل بنج وحشيشة وأفيون ، لكن دون حرمة الخمر ، ولو سكر بأكلها لايحد بل يعزر انتهى . وفى النهر : التحقيق مافى العناية أن البنج مباح

ولا إقراره بالحدود الخالصة ، ولا إشهاده على شهادة نفسه ، ولا تزويجه الصغير بأكثر من مهر المثل أو الصغيرة بأقل ، ولا تطليقه زوجة من وكله بتطليقها حين صحوه ، ولا بيعه متاع من وكله بالبيع صاحيا ، ولارد الغاصب عليه ماغصبه منه قبل سكره ، هذا حاصل ما فى الأشباه : ونازعه محشيه الحموى فى الأخيرة بأن المنقول فى العمادية أن حكم السكران فيها كالصاحى ، فيبرأ الغاصب من الضمان بالرد عليه . وفى مسألة الوكالة بالتطليق بأن الصحيح الوقوع نص عليه فى الخانية والبحر اه وقدمناه أول كتاب الطلاق ، وكتبنا هناك عن التحرير أن السكران إن كان سكره بطريق محرم لايبطل تكليفه ، فتلزمه الأحكام ، وتصح عباراته من الطلاق والعتاق والبيع والإقرار ، وتزويج الصغار من كفء والإقراض والاستقراض ، لأن العقل قائم ، وإنما عرض فوات فهم الخطاب بمعصيته فبقى فى حق الإثم ووجوب القضاء ، ويصح إسلامه كالمكره لاردته لعدم القصد اه وقدم الشارح هناك أنه اختلف التصحيح فى طلاق من سكر مكرها أو مضطرا وقدمنا هناك أن الراجح عدم الوقوع ، وقدمنا آنفا عن الفتح أنه كالصاحى فيما فيه حقوق العباد عقوبة له :

مطلب فى البنج والأفيون والحشيشة

(قوله لكن دون حرمة الخمر) لأن حرمة الخمر قطعية يكفر منكرها بخلاف هذه (قوله لا يحد بل يعزر) أى بما دون الحد كما فى الدر المنتقى عن المنح ، لكن فيه أيضا عن القهستانى عن متن البزدوى أنه يحد بالسكر من البنج فى زماننا على المفتى به اه تأمل . قال فى المنح : وفى الجواهر : ولو سكر من البنج وطلق تطلق زجرا ، وعليه الفتوى اه وقد تقدم عن قاضيخان تصحيح عدم الوقوع فليتأمل عند الفتوى اه وتقدم أول الطلاق عن تصحيح العلامة قاسم أنه إذا سكر من البنج والأفيون يقع زجرا ، وعليه الفتوى ، وقدمنا هناك عن النهر أنه صرح فى البدائع وغيرها بعدم الوقوع لأنه لم يزل عقله بسبب هو معصية . والحق التفصيل : إن كان للتداوى فكذلك وإن للهو وإدخال الآفة قصدا فينبغى أن لا يتردد فى الوقوع اه .

قلت : ويدل للأول تعليل البدائع ، وللثانى تعليل العلامة قاسم . وقدمنا هناك أيضا عن الفتح أن مشايخ المذهبين من الحنفية والشافعية اتفقوا على وقوع طلاق من غاب عقله بالحشيشة وهى ورق القنب بعد أن اختلفوا فيها قبل أن يظهر أمرها من الفساد (قوله أن البنج مباح) قيل هذا عندهما. وعندمحمد ما أسكر كثيره فقليله حرام ، وعليه الفتوى كما يأتى اه :

أقول : المراد بما أسكر كثيره الخ من الأشربة ، وبه عبر بعضهم وإلا لزم تحريم القليل من كل جامد إذا كان كثيره مسكرا كالزعفران والعنبر ؛ ولم أر من قال بحرمتها ، حتى إن الشافعية القائلين بلزوم الحد بالقليل مما أسكر كثيره خصوه بالمائع : وأيضا لو كان قليل البنج أو الزعفران حراما عند محمد لزم كونه نجسا لأنه قال ما أسكر كثيره فإن قليله حرام نجس ، ولم يقل أحد بنجاسة البنج ونحوه . وفى كافى الحاكم من الأشربة : ألا ترى أن البنج لا بأس بتداويه ، وإذا أراد أن يذهب عقله لاينبغى أن يفعل ذلك اه . وبه علم أن المراد الأشربة المائعة ، وأن البنج ونحوه من الجامدات إنما يحرم إذا أراد به السكر وهو الكثير منه ، دون القليل المراد به التداوى ونحوه كالتطيب بالعنبر وجوزة الطيب ؛ ونظير ذلك ما كان سميا قتالا كالمحمودة وهى السقمونيا ونحوها من الأدوية السمية

لأنه حشيش ، أما السكر منه فحرام .

(أقيم عليه بعض الحد فهرب) ثم أخذ بعد التقادم لايحد لما مر أن الإمضاء من القضاء فى باب الحدود .

(و) لو (شرب) أو زنى (ثانيا يستأنف الحد) لتداخل المتحد كما سيجيء .

[فرع] سكران أو صاح جمح به فرسه فصدم إنسانا فمات ، إن قادرا على منعه ضمن وإلا لا ، مصنف عمادية .

باب حد القذف

هو لغة الرمى . وشرعا الرمى بالزنا ، وهو من الكبائر بالإجماع فتح ،

فإن استعمال القليل منها جائز ، بخلاف القدر المضر فإنه يحرم ، فافهم واغتنم هذا التحرير (قوله لأنه حشيش) لامعنى لهذا التعليل وليس فى عبارة العناية اهـ ح .

قلت : وكذا ليس هو فى عبارة النهر . ويمكن الجواب بأنه إشارة إلى ماقلناه ، فالمراد التعليل بأنه من الجامدات لا من المائعات التى فيها الخلاف فى أن قليلها حرام أولا فافهم (قوله أقيم عليه بعض الحد) أى حد الزنا أو السرقة أو الشرب كما فى الكافى .

قلت : وأما حد القذف ففيه تفصيل سيأتى فى آخر الباب الآتى (قوله ثم أخذ الخ) أقحم الشارح هذه المسألة بين كلامى المصنف إشارة إلى أن استئناف الحد للشرب الثانى لايتقيد بما إذا أقيم عليه بعض الحد ، فحوّل العبارة عن أصلها وكملها بما يناسبها وأتى بلوفى قوله ولو شرب الخ ليجعله مسألة مستأنفة ، ولا يخفى ما فيه من حسن الصناعة (قوله لما مر الخ) أى فى أثناء الباب السابق : وقال فى الهداية هناك : إن التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء ، حتى لو هرب بعد ماضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لم يحد لأن الإمضاء من القضاء فى باب الحدود .

قلت : لكن هذا ظاهر فى حد الزنا والسرقة ، فإن التقادم مقدر فيهما بشهر كما مر ، أما فى حد الشرب فإنه مقدر عندهما بزوال الرائحة . وعند محمد بشهر أيضا والمعتمد قولهما كما مر وقيام الرائحة إنما يشترط عند الإقرار أو عند الرفع إلى الحاكم إلا لبعد المسافة ، ولا يحد إلا بعد الصحو كما مر ، ولم يشترطوا قيام الرائحة عند إقامة الحد بل الصحو مظنة زوالها ؛ فإذا كان عدم إكمال الحد بسبب زوال الرائحة على قولهما يلزم أن لا يقام الحد إلا مع قيام الرائحة ولم نر من قال بذلك . فالظاهر أن هذا تفريع على قول محمد فقط ، ولا يصح أن يقال إنه مفرع على قولهما أيضا بأن تفرض المسألة فيما إذا أقر بالشرب فهرب لأن التقادم يبطل الإقرار عندهما كما تقدم لرجوع المحذور ، فإنه يلزم عليه أن المقر لايحد إلا إذا بقيت الرائحة موجودة وإن لم يرجع عن إقراره الصادر عند قيام الرائحة . وأيضا فالهرب رجوع عن الإقرار فلا حاجة معه إلى التقادم ، هذا ماظهر لى فتأمله (قوله ولو شرب أو زنى ثانيا) أى قبل إكمال الحد كما هو صورة المتن أو قبل إقامة شىء منه . ففى الصورتين يحد حدا كاملا بعد الفعل الأخير ، ويدخل مابقى من الأول فى الثانى ، بخلاف ما إذا أقيم عليه حد الشرب فشرب ثانيا أوحد الزنا فزنى ثانيا فإنه يحد للثانى حدا آخر ، وبخلاف ما إذا اختلف الجنس ، وسيجىء تمام الكلام على ذلك فى باب القذف (قوله وإلا لا) أى لايضمن لأن فعلها غير مضاف إليه (قوله مصنف عمادية) أى نقله المصنف عن العمادية ح .

باب حد القذف

(قوله وشرعا الرمى بالزنا) الأولى مافى العناية من أنه نسبة المحصن إلى الزنا صريحا أو دلالة إذ الحد إنما هو فى المحصن نهر .

لـكن فى النهر : قذف غير المحصن كصغيرة ومملوكة وحرة متهتكة من الصغائر :

(هو كحد الشرب كمية وثبوتا) فيثبت برجلين يسألهما الإمام عن ماهيته وكيفيته

قلت : لـكن الإحصان شرط الحد ، وله شروط أخر ستذكر ، والكلام فى الحقيقة الشرعية المشروطة بما يأتى . وينبغى أن يقيد أيضا بكونه على سبيل التعيير والشتم ليخرج شهادة الزنا (قوله لـكن فى النهر الخ) عزاه فى النهر إلى الحليمى من الشافعية معللا بأن الإيذاء فى قذف هؤلاء دونه فى الحرة الـكبيرة المتسترة ، وذكره فى البحر بحثا غير معزى . ونقل أيضا عن شرح جمع الجوامع أن القذف فى الخلوة صغيرة عند الشافعية ، قال وقواعدنا لاتأباه لأن العلة فيه لحوق العار ، وهو مفقود فى الخلوة .

واعترضه فى النهر بأنه فى الفتح استدل للإجماع بآية ـ والذين يرمون المحصنات ـ وبحديث « اجتنبوا السبع الموبقات وعد منها قذف المحصنات » أى وهذا صادق على قذف المحصنة فى الخلوة بحيث لم يسمعه أحد .

واعترضه أيضا الباقانى فى شرح الملتقى بأن المذكور فى شرح جمع الجوامع عن ابن عبد السلام أنه ليس بكبيرة موجبة للحد لانتفاء المفسدة . وقال محشيه اللقانى : إن المحقق من هذه العبارة نفى إيجاب الحد لا نفى كونه كبيرة أيضا لتوجه النفى على القيد . وقال الزركشى أيضا : إن هذا ظاهر فيما إذا كان صادقا دون الـكاذب لجراءته على الله تعالى أى فهو كبيرة وإن كان فى الخلوة .

وقال الشارح فى شرح الملتقى : قلت والذى حررته فى شرح منظومة والد شيخنا تبعا لشيخنا النجم الغزى الشافعى إنه من الكبائر وإن كان صادقا ولا شهود له عليه ولو من الوالد لولده أو لولد ولده وإن لم يحد به بل يعزر ولو لغير محصن ، وشرط الفقهاء الإحصان إنما هو لوجوب الحد لا لـكونه كبيرة . وقد روى الطبرانى عن واثلة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من قذف ذميا حدّ له يوم القيامة بسياط من نار » .

ثم من المعلوم ضرورة أن قذف أم المؤمنين عائشة رضى الله تعالى عنها كفر سواء كان سرا أو جهرا ، وكذا القول فى مريم ، وكذا الرمى باللواطة اهـ أى إنه من الـكبائر أيضا ، وسيأتى بيان حكمه فى باب التعزير (قوله كمية) أى قدرا وهو ثمانون سوطا إن كان حرا ونصفها إن كان القاذف عبدا بحر (قوله فيثبت برجلين) بيان لقوله وثبوتا وأشار إلى أنه لا مدخل فيه لشهادة النساء كما مر ، وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى إلى القاضى . ويثبت أيضا بإقرار القاذف مرة كما فى البحر ، ولا يستحلف على ذلك ، ولا يمين فى شىء من الحدود إلا أنه يستحلف فى السرقة لأجل المال ، فإن أبى ضمن المال ولم يقطع . وإذا اختلف الشاهدان فى الزمان لم تبطل شهادتهما عنده كما فى الإقرار بالمال أو بالطلاق أو العتاق : وعندهما لا يحد القاذف ، وإن شهد أحدهما بالقذف والآخر على الإقرار به لم يحد اتفاقا استحسانا ، وكذا تبطل لو اختلفا فى اللغة التى قذف بها أو شهد أحدهما أنه قال ياابن الزانية والآخر أنه قال لست لأبيك اهـ ملخصا من كافى الحاكم (قوله عن ماهيته) أى حقيقته الشرعية المارة (قوله وكيفيته) أى اللفظ الذى قذف به اهـ ح .

قلت : فيه أن هذا اللفظ ركن القذف ، والـكيفية الحالة والهيئة ، كما يقال : كيف زيد؟ فتقول صحيح أو سقيم وقد مر تفسير السؤال عن الـكيفية فى الشهادة على الزنا بالطوع أو الإكراه . فالظاهر أن يقال هنا كذلك ، إذ لو أكره القاذف على القذف لم يحد ، لـكن ظاهر ما فى الكافى أن السؤال عن هذا غير لازم حيث قال وإن جاء المقذوف بشاهدين فشهدا أنه قذفه سئلا عن ماهيته وكيفيته ، فإن لم يزيدا على ذلك لم تقبل . فإن القذف يكون بالحجارة وبغير الزنا ، وإن قالا نشهد أنه قال يازانى قبلت شهادتهما وحدت القاذف اهـ فظاهره أن السؤال عن الماهية والـكيفية إنما هو إذا شهدا بالقذف ، أما لو شهدا بأنه قال يا زانى لا يلزم السؤال عن ذلك أصلا ، إذ لو كان مكرها لبيناه

إلا إذا شهدا بقوله يازانى ثم يحبسه ليسأل عنهما كما يحبسه لشهود يمكن إحضارهم فى ثلاثة أيام وإلا لا ظهيرية ، ولا يكفله خلافا للثانى نهر :

(ويحد الحر أو العبد) ولو ذميا أو امرأة (قاذف المسلم الحر) الثابتة حريته وإلا ففيه التعزير (البالغ العاقل العفيف) عن فعل الزنا ،

فليتأمل : وعلى هذا فيمكن أن يراد بالكيفية أنه صريح أو كناية فتأمل . وفى حاشية مسكين عن الحموى : وينبغى أن يسألهما عن المكان لاحتمال قذفه فى دار الحرب أو البغى ، وعن الزمان لاحتمال قذفه فى صباه لالاحتمال التقادم لأنه لايبطل به ، بخلاف سائر الحدود ، ثم رأيت الأول فى البدائع اهـ (قوله إلا إذا شهدا الخ) تكلمنا عليه آنفا (قوله كما يحبسه لشهود) الأولى لشاهد بصيغة المفرد . قال فى النهر : فإن لم يعرف عدالتهما حبسه القاضى حتى يسأل عنهما ، وكذا لو أقام شاهدا واحدا عدلا وادعى أن الثانى فى المصر حبسه يومين أو ثلاثة ، ولو زعم أن له بينة فى المصر حبسه إلى آخر المجلس : قالوا : والمراد بالحبس فى الأولين حقيقته ، وفى الثالث الملازمة (قوله ولا يكفله) أى لايأخذ منه كفيلا إلى المجلس الثانى . وقال أبو يوسف : يأخذه نهر ، وسيأتى توضيحه فى عبارة المتن (قوله ويحد الحر الخ) أى الشخص الحر ، فلاينافى قوله ولو ذميا أو امرأة فافهم ، ولم أر من تعرض لشروط القاذف ، وينبغى أن يقال إن كان عاقلا بالغا ناطقا طائعا فى دار العدل ؛ فلا يحد الصبى بل يعزر ، ولا المجنون إلا إذا سكر بمحرم لأنه كالصاحى فيما فيه حقوق العباد كما مر . ولا المنكره ولا الأخرس لعدم التصريح بالزنا كما صرح به ابن الشلبى عن النهاية ، ولا القاذف فى دار الحرب أو البغى كما مر . وأما كونه عالما بالحرمة حقيقة أو حكما بكونه ناشئا فى دار الإسلام فيحتمل أن يكون شرطا أيضا ، لكن فى كافى الحاكم حربى دخل دار الإسلام بأمان فقذف مسلما لم يحد فى قول أبى حنيفة الأول ، ويحد فى قوله الأخير وهو قول صاحبيه اهـ فظاهره أنه يحد ولو فى فور دخوله ، ولعل وجهه أن الزنا حرام فى كل ملة فيحرم القذف به أيضا فلا يصدق بالجهل ، هذا ماظهر لى ، ولم أر من تعرض لشىء منه (قوله ولو ذميا) الأولى ولو كافرا ليشمل الحربى المستأمن كما علمته آنفا ، وسيذكره المصنف أيضا (قوله قاذف المسلم الحر الخ) بيان لشروط المقذوف (قوله الثابتة حريته) أى بإقرار القاذف أو بالبينة إذا أنكر القاذف حريته ، وكذا لو أنكر حرية نفسه وقال أنا عبد ، وعلى حد العبيد كان القول قوله بحر عن الخانية (قوله وإلا) أى وإن لم يكن المقذوف مسلما حرا ، بأن كان كافرا أو مملوكا ، وكذا من ليس بمحصن إذا قذفه بالزنا فإنه يعزر ويبلغ به غايته كما سيذكره فى بابه (قوله البالغ العاقل) خرج الصبى والمجنون لأنه لايتصور منهما الزنا إذ هو فعل محرم والحرمة بالتكليف .

وفى الظهيرية : إذا قذف غلاما مراهقا فادعى الغلام البلوغ بالسن أو بالاحتلام لم يحد القاذف بقوله بحر ، فهذا يستثنى من قولهم : لو راهقا وقالا بلغنا صدقا ، وأحكامها أحكام البالغين شرنبلالية (قوله العفيف عن فعل الزنا) زاد الشارح فى باب اللعان وتهمته ، واحترز به عن قذف ذات ولد ليس له أب معروف ، ويأتى أنه لايحد قاذفها لأن التهمة موجودة ، فينبغى ذكر هذا القيد هنا ، ولم أر من ذكره .

ثم اعلم أن الزنا فى الشرع أعم مما يوجب الحد وما لايوجبه وهو الوطء فى غير الملك وشبهته ؛ حتى لو وطىء جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على أن فعله زنا وإن كان لا يحد به كما قدمناه عن الفتح أول الحدود .

وأما لو وطىء جاريته قبل الاستبراء فليس بزنا لأنه فى حقيقة الملك كوطء زوجته الحائض ، وإنما هو وطء محرم لعارض ، والزنا لابد أن يكون وطئا محرما لعينه كما يأتى بيانه عند قوله أو رجل وطىء فى غير ملكه ، ولهذا

فينقص عن إحصان الرجم بشيئين : النكاح والدخول .

وبقى من الشروط أن لايكون ولده أو ولد ولده أو أخرس أو مجبوبا أو خصيا أو وطىء بنكاح أو ملك فاسد أو هى رتقاء أو قرناء وأن يوجد الإحصان وقت الحد ؛ حتى لو ارتد سقط حد القاذف ولو أسلم بعد ذلك فتح (بصريح الزنا) ومنه أنت أزنى من فلان أو منى على مافى الظهيرية ؛

قال مسكين قوله عفيفا عن الزنا احتراز عن الوطء الحرام فى الملك فإنه لايخرج الواطىء عن أن يكون محصنا اه ؛ فما قيل إنه لايصح أن يراد بالزنا هنا المصطلح ولا غيره غير صحيح فافهم (قوله فينقص عن إحصان الرجم بشيئين) الأولى شيئين بدون الباء الجارة لأن نقص يتعدى بنفسه أفاده ط هذا . وقدمنا أن شروط الإحصان تسعة فتدبره (قوله وبقى من الشروط الخ) قلت : بقى منها أيضا على مافى شرح الوهبانية : أن لايكون أم ولده الحرة الميتة ، وأن لايكون أم عبده الحرة الميتة ، وأن يطالب المقذوف الحد ، وأن لايموت قبل أن يحد القاذف لأن الحدود لا تورث (قوله أن لايكون) أى المقذوف وولد القاذف (قوله أو أخرس)لأنه لابد فيه من الدعوى ،وفى إشارة الأخرس احتمال يدرأبه الحد (قوله أو مجبوبا) هو مقطوع الذكر والأنثيين جميعا كما فسروه فى باب العنين ، ولا يخفى أن مقطوع الذكر وحده مثله اه ح . ووجهه أن الزنا منه لا يتصور فلم يلحقه عار بالقذف لظهور كذب القاذف تأمل (قوله أو خصيا) بفتح الخاء : من سلت خصيتاه وبقى ذكره ، والشارح تبع فى التعبير به صاحب النهر ، وهو وهم سرى من ذكر المجبوب لتقارنهما فى الخيال . قال فى المحيط : بخلاف مالو قذف خصيا أو عنينا لأن الزنا منهما متصور لأن لهما آلة الزنا اه ح (قوله أو ملك فاسد) كذا فى شرح الوهبانية عن النتف ، وتبعه المصنف فى المنح ، وهو خلاف نص المذهب . ففى كافى الحاكم : رجل اشترى جارية شراء فاسدا فوطئها ثم قذفه إنسان قال على قاذفه الحد اه ومثله فى القهستانى ، وكذا فى الفتح قال لأن الشراء الفاسد يوجب الملك ، بخلاف النكاح الفاسد لايثبت فيه ملك فلذا يسقط إحصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه اه ونحوه فى ح عن المحيط .

قلت : وقد يجاب بأن المراد بالملك الفاسد ماظهر فيه فساد الملك بالاستحقاق . ففى الخانية : اشترى جارية فوطئها ثم استحقت فقذفه إنسان لايحد (قوله حتى لو ارتد) وكذا لو زنى أو وطىء وطئا حراما أو صار معتوها أو أخرس أو بقى كذلك لم يحد القاذف كافى الحاكم .

[تنبيه] ذكر فى النهر عن السراجية أنه لو قذف خنثى بلغ مشكلا لايحد . قال : ووجهه أن نكاحه موقوف وهو لايفيد الحل اه .

واعترضه الحموى بأنه لا دخل للنكاح البات المفيد للحل فى إيجاب حد القذف حتى يترتب على عدمه عدم وجوب الحد ، وإنما ذاك فى حد الزنا بالرجم اه .

قلت : مراد النهر أن الخنثى لو تزوج ودخل فقذفه آخر لا يحد لأنه وطىء فى غير ملكه إذ لايصح النكاح إلا إذا زال الإشكال (قوله بصريح الزنا) بأى لسان كان شرنبلالية وغيرها . واحترز عما لو قال وطئك فلان وطئا حراما أو جامعك حراما فلا حد بحر ، وكذا لو قال فجرت بفلانة أو عرض فقال لست بزان كما فى الكافى . وفيه : وإن قال قد أخبرت بأنك زان أو أشهدنى رجل على شهادته إنك زان ، أو قال اذهب فقل لفلان إنك زان فذهب الرسول فقال له ذلك عنه لم يكن فى شيء من ذلك حد (قوله على مافى الظهيرية) ويخالفه مافى الفتح عن المبسوط : أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لاحد عليه . وعلله فى الجوهرة بأن معناه أنت أقدر الناس على الزنا . ونقل فى الفتح أيضا عن الخانية أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الحد وفى أنت أزنى منى لاحد عليه اه .

ومثله النيك كما نقله المصنف عن شرح المنار ؛ ولو قال يازانئ بالهمز لم يحد شرح تكملة (أو ب) قوله (زنأت فى الجبل) بالهمز فإنه مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب تعين الفاحشة (أو لست لأبيك) ولو زاد ولست لأمك أو قال لست لأبويك فلا حد (أو لست بابن فلان لأبيه) المعروف به (و) الحال أن (أمه محصنة) لأنها المقذوفة فى الصورتين ، إذ المعتبر إحصان المقذوفة لاالطالب شمنى (فى غضب) يتعلق بالصور الثلاث

قلت : ووجه مافى الظهيرية ظاهر لأن فيه النسبة إلى الزنا صريحا . ومافى المبسوط ناظر إلى احتمال التأويل ، ومافى الخانية من التفرقة مشكل. وقد يوجه بأن قوله أنت أزنى من فلان فيه نسبة فلان إلى الزنا وتشريك المخاطب معه فى ذلك القذف ، بخلاف أنت أزنى منى لأن فيه نسبة نفسه إلى الزنا وذلك غير قذف فلا يكون قذفا للمخاطب لأنه تشريك له فيما ليس بقذف (قوله عن شرح المنار) أى لابن ملك فى بحث الكناية اه ح .

قلت : ومثله فى المغرب حيث قال : النيك من ألفاظ الصريح فى باب النكاح ، ومنه حديث ماعز «أنكتها؟ قال نعم » (قوله لم يحد) الظاهر أن ذكر لم سبق قلم . قال فى المحيط : ولو قال لغيره يازانئ برفع الهمزة ذكر فى الأصل أنه إذا قال عنيت به الصعود على شىء أنه لايصدق ويحد من غير ذكر خلاف لأنه نوى مالا يحتمله لفظه لأن هذه الكلمة مع الهمز إنما يراد به الصعود إذا ذكر مقرونا بمحل الصعود ، يقال زانئ الجبل وزانئ السطح ، أما غير مقرون بمحل الصعود إنما يراد به الزنا إلا أن العرب قد تهمز اللين وقد تلين الهمزة ، فقد نوى مالا يحتمله فلا يصدق اه ح .

قلت : وقوله من غير ذكر خلاف صرح بالخلاف فى كافى الحاكم فقال وقال محمد لاحد عليه ، ومثله فى الخانية ، فما ذكره الشارح قول محمد فافهم (قوله أو بقوله زنأت فى الجبل) أى وإن قال عنيت به الصعود خلافا لمحمد فلا يحد عنده لأنه حقيقة فى الصعود عنده (قوله بالهمز) فلو أتى بالياء المثناة حد اتفاقا ، وكذا لو حذف الجبل كما أفاده فى غاية البيان ؛ ولو قال عن الجبل ، قيل لايحد وجزم فى المبسوط بأنه يحد. قال فى الفتح : وهو الأوجه لأن حالة الغضب تعين تلك الإرادة وكونها فوقه ، وتعين الصعود مسلم فى غير حالة السباب نهر ؛ وفى البحر عن غاية البيان : وهو المذهب عندى (قوله فلا حد) للكذب ، ولأن فيه نفى الزنا لأن نفى الولادة نفى للوطء بحر ، وكذا لو نفاه عن أمه فقط للصدق لأن النسب ليس لأمه بحر (قوله لأبيه المعروف) أى الذى يدعى له ، وكذا لست من ولد فلان أو لست لأب أو لم يلدك أبوك ، بخلاف لست من ولادة فلان فإنه ليس بقذف بحر عن الظهيرية . وبه علم أن التقييد بأبيه المعروف احتراز عما لونفاه عن شخص معين غير أبيه لاعما لو نفاه عن أب مطلق شامل لأبيه وغيره . قال فى البحر : وأشار المصنف إلى أنه لو قال إنك ابن فلان لغير أبيه فالحكم كذلك من التفصيل اه (قوله لأنها المقذوفة فى الصورتين) لأن نفى نسبه من أبيه يستلزم كونه زانيا ، فلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا نهر ونحوه فى الفتح .

قلت : وفيه نظر ؛ بل يستلزم كون المقذوف هو الأم وحدها كما صرح به أولا ، أما زنا الأب فغير لازم لأنه إذا ولد على فراش أبيه وقد نفى القاذف نسبه عن أبيه لزم منه أن أمه زنت برجل آخر لأن المراد بالأب أبوه المعروف الذى يدعى له كما مر ، نعم يصح ذلك لو أريد بالأب من خلق هو من مائه فحينئذ يكون قذفا للأم ولمن علقت به من مائه لا للأب المعروف ، لكنه يخالف قوله قبله لأبيه المعروف ؛ هذا ماظهر لى فتأمله (قوله لا الطالب) هو الذى يقع القدح فى نسبه كما يأتى ، والمراد به هنا الابن ، وهذا إذا كانت المقذوفة ميتة ، فلوحية فالطالب هى ، وعلى كل فالشرط إحصانها لا إحصان ابنها (قوله فى غضب) إذ فى الرضا يراد به المعاتبة بنفى مشابهته له فى أسباب المروءة هداية (قوله يتعلق بالصور الثلاث) فيه ردّ على البحر ، حيث لم يقيده بالغضب فى الثانية

(بطلب المقذوف) المحصن لأنه حقه (ولو) المقذوف (غائبا) عن مجلس القاذف (حال القذف) وإن لم يسمعه أحد نهر ، بل وإن أمره المقذوف بذلك شرح تكملة (وينزع الفرو والحشو فقط) إظهارا للتخفيف باحتمال صدقه ، بخلاف حد شرب وزنا (لا) يحد (بلست بابن فلان جده) لصدقه

بل أطلق فيها تبعا لظاهر عبارة الهداية ، لكن أولها الشراح فأجروا التفصيل فى الكل . وذكر فى شرح الوهبانية أنه ظاهر المذهب والاعتماد عليه ، وتمام تحقيقه فى النهر (قوله بطلب المقذوف المحصن) لعل المراد به المحصن فى نفس الأمر : وإلا فاشتراط الإحصان علم مما مر ، فيكون إشارة إلى مابحثه فى القنية حيث نقل أنه إذا كان غير عفيف فى السر له مطالبة القاذف ديانة ، ثم قال : وفيه نظر لأنه إذا كان زانيا لم يكن قدفه موجبا للحد ، وأيده فى النهر بأن رفع العار مجوّز لا ملزم وإلا لامتنع عفوه عنه وأجبر على الدعوى وهو خلاف الواقع اهـ .

قلت : بل فى التاترخانية : وحسن أن لا يرفع القاذف إلى القاضى ولا يطالبه بالحد ، وحسن من الإمام أن يقول له قبل الثبوت أعرض عنه ودعه اهـ . فحيث كان الطلب غير لازم ، بل يحسن تركه فكيف يحل طلبه ديانة إذا كان القاذف صادقا (قوله لأنه حقه) عبارة النهر لأن فيه حقه من حيث دفع العار عنه اهـ وهذه العبارة أولى لأن فيه حق الشرع أيضا ، بل هو الغالب فيه كما أوضحه فى الهداية وشروحها (قوله ولو المقذوف غائبا الخ) ذكر هذا التعميم فى التاترخانية نقلا عن المضمرات ، واعتمده فى الدرر وقال : ولا بد من حفظه فإنه كثير الوقوع منح .

قلت : ولعله يشير إلى ضعف مافى حاوى الزاهدى : سمع من أناس كثيرة أن فلانا يزنى بفلانة فتكلم ماسمعه منهم لآخر مع غيبة فلان لا يجب حد القذف لأنه غيبة لارمى وقذف بالزنا ، لأن الرمى والقذف به إنما يكون بالخطاب كقوله يازانى أو يازانية (قوله حال القذف) احتراز عن حال الحد ، لما فى البحر عن كافى الحاكم : غاب المقذوف بعدماضرب بعض الحد لم يتم إلا وهو حاضر لاحتمال العفو اهـ وسينبه عليه الشارح (قوله وإن لم يسمعه أحد نهر) لم أره فى النهر هنا وإنما ذكره أول الباب عن البلقينى الشافعى ، وقدمنا الكلام عليه (قوله وإن أمره المقذوف بذلك) أى بالقذف ، لأن حق الله تعالى فيه غالب ولذا لم يسقط بالعفو كما يأتى ، بخلاف مالو قال لآخر اقتلنى فقتله حيث يسقط القصاص لأنه حقه ويصح عفوه عنه (قوله وينزع عنه الفرو والحشو) لأنهما يمنعان وصول الألم ، ومقتضى هذا أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع . والظاهر أنه إن كان فوق قميص نزع لأنه يصير مع القميص كالحشو أو قريبا منه كذا فى الفتح (قوله بخلاف حد شرب وزنا) فإنه فيهما يجرد من ثيابه كما مر (قوله لصدقه) لأن معناه الحقيقى نفى كونه مخلوقا من مائه . واعترضهم فى الفتح بأن فى نفيه عن أبيه احتمال هذا مع احتمال المجاز وهو نفى المشابهة ، وقد حكموا حالة الغضب فجعلوها قرينة على إرادة المعنى الثانى المجازى ، ونفيه عن جده له معنى مجازى أيضا وهو نفى المشابهة ، ومعنى آخر وهو نفى كونه أبا أعلى له بأن لا يكون أبوه مخلوقا من مائه بل زنت به جدته ، وحالة الغضب تعين هذا الأخير ، إذ لا معنى لإخباره فى حالة الغضب بأنك لم تخلق من ماء جدك ، ولا مخلص إلا أن يوجد إجماع فيه على نفى التفصيل كالإجماع على ثبوته هناك اهـ ملخصا .

قلت : وقد يجاب بالفرق ، وهو أن نفيه عن أبيه قذف صريح لأنه المعنى الحقيقى ، وحالة الغضب تنفى احتمال المجاز وهو المعاتبة بنفى المشابهة فى الأخلاق ، فقد ساعدت القرينة الحقيقة ، بخلاف نفيه عن جده فإن معناه الحقيقى ليس قذفا بل هو صدق ، لكن القرينة وهى حالة الغضب تدل على إرادة القذف ، فيلزم منه العدول عن الحقيقة إلى المجاز لإثبات الحد ، وهو خلاف القاعدة الشرعية من أنه يحتاط فى درئه لا فى إثباته على أنه لا مانع

(وبنسبته إليه أو إلى خاله أو إلى عمه أو رابه) بتشديد الباء: مربيه ولو غير زوج أمه زيلعى لأنهم آباء مجازا (ولا بقوله ياابن ماء السماء) وفيه نظر ابن كمال (ولا) بقوله (يانبطى) لعربى فى النهر متى نسبه لغير قبيلته أو نفاه عنها عزر ، وفيه يافرخ الزنا يابيض الزنا ياحمل الزنا ياسخلة الزنا قذف ، بخلاف ياكبش الزنا أو ياحرام زاده

من أن يأتى فى حالة الغضب بكلام موهم للشتم والسب بظاهره ويريد به معناه الحقيقى ، احتيالا لدرء الحد عنه ، ولصيانة ديانته من إرداة المنكر والزور الذى هو من السبع الموبقات بل حال المسلم يقتضى ذلك ، بخلاف نفيه عن أبيه فإنه قذف صريح بحقيقته مع زيادة القرينة كما قلنا ، فنى العدول عنه تفويت حق المقذوف بلا موجب ، هذا ماظهرلى فتدبره (قوله وبنسبته إليه) أى إلى جده بأن قال له أنت ابن فلان لجده (قوله لأنهم آباء مجازا) أما الجد فلأنه الأب الأعلى ؛ وأما الخال فلما أخرجه الديلمى فى الفردوس عن ابن عمر مرفوعا « الخال والد من لاوالد له » وأما العم ، فلقوله تعالى — وإله آبائك إبراهيم وإسمعيل وإسحق — فإن إسمعيل كان عما ليعقوب عليهم السلام . وأما الراب فللتربية ، وقيل فى قول نوح — إن ابنى من أهلى — إنه كان ابن امرأته أفاده فى الفتح (قوله ولا بقوله ياابن ماء السماء) لأنه يراد به التشبيه فى الجود والسماحة ؛ لأن ماء السماء لقب به عامر بن حارثة الأزدى ؛ لأنه فى وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كالسماء عطاء وجودا ؛ وتمامه فى الفتح (قوله وفيه نظر) لأن حالة الغضب تأبى عن قصد التشبيه كما قاله ابن كمال .

قلت : وقد أورد هـذا فى الفتح سؤالا . وأجاب عنه بأنه لما لم يعهد استعماله لنفى النسب يمكن أن يجعل المراد به فى حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا فى قوله لست بعربى لما لم يستعمل للنفى يحمل فى حالة الغضب على سبه بنفى الشجاعة والسخاء ليس غير اهـ .

قلت : واستعمال مثل ذلك فى التهكم سائغ لغة وشائع عرفا ، كما يقال فى حال الخصام يا ابن النبى يا ابن الكرام يا كامل يامؤدب ونحو ذلك مما لايقصد حقيقته فافهم .

[تنبيه]قال فى الفتح : وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء وهو معروف يحد فى حال السباب . بخلاف ماإذا لم يكن اهـ وأقره فى البحر والنهر .

قلت : لكن ينبغى تقييده بما إذا لم يكن ذلك الرجل مشهورا بالكرم ونحوه وإلا فهو أصل المسألة ، إذ لافرق بين كونه حيا أو ميتا ، ولاخصوصية أيضا لهذا الاسم بل مثله كل اسم مشهور بصفة جميلة أوقبيحة ، فابن ماء السماء والنبطى مثالان ، هذا ماظهر لى (قوله يانبطى) النبط : جيل من الناس كانوا ينزلون سواد العراق ثم استعمل فى أخلاط الناس وعوامهم والجمع أنباط مثل سبب وأسباب الواحد نباطى بفتح النون وضمها وبزيادة الألف مصباح .

[تنبيه] فى البحر أن ظاهر كلامهم أنه لايحد فى هـذه المسائل سواء كان فى حالة الغضب أو الرضا (قوله فى النهر الخ) عبارته : ينبغى أن يعزر به : أى بقوله يانبطى لأن النسبة إلى الأخلاق الدنيئة تجعل شتما فى الغضب ويؤيده مافى المبسوط : لو قال لهاشمى لست بهاشمى عزر ، وعلى هـذا لو نسبه لغير قبيلته أو نفاه عنها (قوله وفيه) أى فى النهر عن التتار خانية عن أبى يوسف (قوله ياحمل الزنا) الظاهر أنه محرك الميم بقرينة ماقبله ومابعده : وهو ولد الضأن فى السنة الأولى ، والسخلة تطلق على الذكر والأنثى من أولاد الضأن ساعة تولد والجمع سخال وتجمع أيضا على سخل مثل تمرة وتمر مصباح (قوله قذف) لأن هذه الألفاظ تنبئ عن الولادة فكانت بمعنى ياولد الزنا (قوله بخلاف ياكبش الزنا) لأنه لاينبئ عن ذلك أو لأنه يطلق على سيد القوم وقائدهم كما فى القاموس (قوله ياحرام زاده) لأن معناه المتولد من الوطء الحرام فيعم حالة الحيض كما سيذكره

قنية ؛ وفيها : لو جحد أبوه نسبه فلا حد (ولا) حد (بقوله لامرأة زنيت ببعير أو بثور أو بحمار أو بفرس) لأنه ليس بزنا شرعا (بخلاف زنيت ببقرة أو بشاة) أو بناقة أو بحمارة (أو بثوب أو بدراهم) فإنه يحد ، لأنها لاتصلح للإيلاج فيراد زنيت وأخذت البدل ، ولو قيل هذا لرجل فلا حد لعدم العرف بأخذه للمال (و) إنما (يطلبه بقذف الميت من يقع القدح فى نسبه ؛) بسبب (قذفه) أى الميت (وهم الأصول والفروع وإن علوا أو سفلوا ؛ ولو كان الطالب) محجوبا أو (محروما من الميراث) بقتل أو رق أو كفر (أو ولد بنت) ولو مع وجود الأقرب أو عفوه أو تصديقه

الشارح مع دفع مايرد عليه فى باب التعزير (قوله وفيها) أى فى القنية (قوله فلا حد) أى على قاذف الولد بقوله ياولد الزنا (قوله لأنه ليس بزنا) لأن الزنا إدخال رجل ذكره فتح (قوله فيراد زنيت وأخذت البدل) أى بلا استئجار . قال فى البحر : فإن قيل بل معناه زنيت بدرهم استؤجرت عليه ، فينبغى أن لايحد فى قول أبى حنيفة . قلنا : هذا محتمل أيضا فيتقابل المحتملان ويبقى قوله زنيت (قوله لعدم العرف بأخذه للمال) هكذا علل فى الفتح والنهر ، وفيه نظر فإنه كما يحتمل أن يكون هو الآخذ يحتمل أن يكون هو الدافع بل هو الأظهر بقرينة العرف ، وهو أن الرجل يدفع المال بمقابلة الزنا ، نعم قد يأخذ على اللواطة به بدلا ، لكن الكلام فى الزنا واللواطة غيره فتأمل ، ويؤيد ماقلنا ما فى البحر : ولو قال لرجل زنيت ببعير أو بناقة أوما أشبه ذلك لاحد عليه لأنه نسبه إلى إتيان البهيمة ؛ فإن قال بأمة أو دار أو ثوب فعليه الحد كذا فى الخانية والظهيرية اهـ (قوله وإنما يطلبه) أى الحد (قوله بسبب) متعلق بالقدح (قوله وهم الأصول والفروع) شمل الأصول الجد ، ولا يخالفه قول الخانية : لو قال جدك زان لاحد عليه ، لما فى الظهيرية من أنه لايدرى أى جد هو . وفى الفتح لأن فى أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا مالم يعين مسلما ، بخلاف أنت ابن ابن الزانى لأنه قذف لجده الأدنى وشمل أيضا الأم فتطالب بقذف ولدها ، ويستثنى من الأصول أبو الأم وأم الأم ، وما فى الفتح عن الخانية من ذكره أبا الأب بدل أبى الأم سبق قلم فإن الموجود فى الخانية أبو الأم . وخرج الأخ والعم والعمة والمولى كما فى الخانية ، أفاد ذلك كله فى البحر .

قلت : والمراد بالأخ والعم أخو الميت وعمه (قوله محجوبا) كالجد أو ابن الابن مع وجود الأب أو الابن ط (قوله أورق أو كفر) لأنه لايشترط إحصان الطالب كما مر (قوله أوولد بنت) فله المطالبة بقذف جده ، وعن محمد خلافه ، و المذهب الأول لأن الشين يلحقه إذ النسب ثابت من الطرفين بحر أى طرف الأب وطرف الأم .

قلت : ويشكل استثناء أبى الأم وأم الأم من الأصول كما مر ، فليس لهما الطلب بقذف ولد البنت وهنا أثبتوا لابن البنت الطلب بقذف أحدهما . ويمكن دفع الإشكال بكون الاستثناء المار مبنيا على قول محمد فليتأمل .

مطلب فى الشرف من الأم

ثم إن المراد بالنسب الجزئية فإنها مبنى ثبوت حق المطالبة هنا كما فى الفتح وإلا فالنسب للأب فقط فليس فيه دليل على أن ابن الشريفة شريف ، ولذا قال الشارح فى باب الوصية للأقارب من كتاب الوصايا إن الشرف من الأم فقط غير معتبر كما فى أواخر فتاوى ابن نجيم ، وبه أفتى شيخنا الرملى ، نعم له مزية فى الجملة اهـ وسيأتى تمامه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولو مع وجود الأقرب) مرتبط بقوله وإنما يطلبه الخ ، ودخل المساوى

للحوقهم العار بسبب الجزئية ، قيد بالميت لعدم مطالبتهم فى الغائب لجواز تصديقه إذا حضر .

(قال يابن الزانيين وقد مات أبواه فعليه حد واحد) للتداخل الآتى ثم موت أبويه ليس بقيد بل فائدته فى المطالبة .

ذكر فى آخر المبسوط أن معتوهة قالت لرجل يابن الزانيين فجاء بها إلى ابن أبى ليلى فاعترفت فحدها حدين فى المسجد فبلغ أبا حنيفة ، فقال أخطأ فى سبع مواضع : بنى الحكم على إقرار المعتوهة ، وألزمها الحد ، وحدها حدين ، وأقامهما معا ، وفى المسجد ، وقائمة ، وبلا حضرة وليها . وقال فى الدرر : ولم يتعرف أن أبويه حيان فتكون الخصومة لهما أو ميتان فتكون الخصومة للابن .

(اجتمعت عليه أجناس مختلفة) بأن قذف وشرب وسرق وزنى غير محصن (يقام عليه الكل) بخلاف المتحد (ولا يوالى بينها) خيفة الهلاك بل يحبس حتى يبرأ (فيبدأ بحد القذف) لحق العبد (ثم هو) أى الإمام (مخير إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بالقطع) لثبوتهما بالكتاب (ويؤخر حد الشرب) لثبوته باجتهاد الصحابة ، ولو فقأ أيضا بدأ بالفق‌ء ثم بالقذف ثم يرجم لو محصنا ولغا غيرها بحر .

بالأولى (قوله للحوقهم العار) من إضافة المصدر إلى مفعوله والعار بالرفع فاعل المصدر ط (قوله بسبب الجزئية) أى كون الميت جزءا منهم أو كونهم جزءا منه ط (قوله فى الغائب) أى فى قذف الغائب ، وكذا فى الحاضر بالأولى (قوله للتداخل الآتى) أى فى آخر الباب ، وأشار إلى أن هذه المسألة من فروع تلك فكان المناسب ذكرها هناك (قوله ليس بقيد) أى فى التداخل فإن عليه حدا واحدا وإن كانا حيين (قوله بل فائدته فى المطالبة) أى فى ثبوت المطالبة للابن ، بخلاف ما إذا كانا حيين فإن الطلب لهما ط عن المنح (قوله فجاء بها) الذى رأيته فى المبسوط : فأتى بها ، والظاهر أنه بالبناء للمجهول لما فى التتارخانية وغيرها : إن من مواضع الخطأ أنه ضربها بغير خصم ، وهذا يقتضى أن الرجل المذكور لم يرفعها إليه (قوله على إقرار المعتوهة) وإقرارها هدر مبسوط (قوله وألزمها الحد) والمعتوهة ليست من أهل العقوبة مبسوط : أى لا يلزمها الحد ، ولو ثبت عليها ذلك بالبينة فإلزامها به خطأ من حيث ذاته ، وكونه بإقرارها خطأ آخر فافهم (قوله وحدها حدين) ومن قذف جماعة لا يقام عليه إلا حد واحد مبسوط (قوله وأقامهما معا) ومن اجتمع عليه حدان لا يوالى بينهما كما يأتى قريبا (قوله وفى المسجد) وليس للإمام أن يقيم الحد فى المسجد مبسوط (قوله وقائمة) وإنما تضرب المرأة قاعدة مبسوط (قوله وبلا حضرة وليها) وإنما يقام الحد على المرأة بحضرة وليها ، حتى إذا انكشف شىء من بدنها فى اضطرابها ستر الولى ذلك عليها مبسوط ، فالمراد بالولى من يحل نظره إليها من زوج أو محرم (قوله وقال فى الدرر الخ) ومثله فى الفتح والبحر (قوله غير محصن) يأتى محترزه قريبا (قوله بخلاف المتحد) فإنه يتداخل كما مر آنفا ، ويأتى آخر الباب بيانه (قوله ولا يوالى) الظاهر أنه مبنى للمجهول ليناسب قوله قبله يقام عليه الكل ، ويحتمل بناؤه للفاعل ، وكذا قوله فيبدأ لكنه خلاف المتبادر من عبارة الشارح حيث لم يفسره بالإمام بل فسر به الضمير البارز فقط ، وإلا كان المناسب تقديمه فافهم (قوله لحق العبد) أى لما فيه من حق العبد وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى (قوله ولو فقأ) أى فقأ عين رجل نهر . والذى يظهر أن المراد به ذهاب البصر رملى : أى لا إذهاب الحدقة لأنه لا يمكن فيه القصاص ؛ إذ المراد أنه لو فعل مع هذه الجنايات ما يوجب القصاص فيما دون النفس من إذهاب البصر ونحوه فيبدأ به لأنه خالص حق العبد ثم بالقذف لأنه مشوب بحقه (قوله لو محصنا) أما لو غير محصن فإنه يخير لأنه يقام عليه الكل ولا يلغى شىء كما مر (قوله ولغا غيرها)

وفى الحاوى القدسى : ولو قتل ضرب للقذف وضمن للسرقة ثم قتل وترك مابقى ، ويؤخذ ماسرقه من تركته لعدم قطعه نهر :

(ولا يطالب ولد) أى فرع وإن سفل (وعبد أباه) أى أصله وإن علا (وسيده) لف ونشر مرتب (بقذف أمه الحرة المسلمة) المحصنة (فلو كان لها ابن من غيره) أو أب أو نحوه (ملك الطلب) فى النهر. وإذا سقط عنه الحد عزر بل بشتم ولده يعزر (ولا إرث) فيه خلافا للشافعى (ولا رجوع) بعد إقرار (ولا اعتياض) أى أخذ

هو حد السرقة والشرب لأنه محض حق الله تعالى وقد فات محله (قوله وضمن للسرقة) يغنى عنه ما ذكره بعده ، وقيد بالضمان لأنه لا يقطع لأن القطع حقه تعالى (قوله وترك ما بقى) أى حد السرقة والشرب كما لو لم يوجد مع القتل غيرهما. قال فى النهر : ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ماسوى ذلك ، لأن المقصود الزجر له ولغيره ، وأتم ما يكون باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد اه :

وفى أحكام الدين من الأشباه مانصه : ولم أر إلى الآن ما إذا اجتمع قتل القصاص والردة والزنا ، وينبغى تقديم القصاص قطعا لحق العبد ، وما إذا اجتمع قتل الزنا والردة ، وينبغى تقديم الرجم لأن به يحصل مقصودهما بخلاف ما إذا قدم قتل الردة فإنه يفوت الرجم اه (قوله لعدم قطعه) فإن الضمان إنما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد نهر (قوله وعبد) الواو بمعنى أو فلذا أفرد الضمير بعده تأمل (قوله أى أصله وإن علا) ذكرا كان أو أنثى ، فلا يطالب أباه أو جده وإن علا وأمه وجدته وإن علت بحر (قوله بقذف أمه) أى الميتة نهر ، فلوحية كانت المطالبة لها كما مر. قال فى البحر : وأشار إلى أنهما : أى الولد والعبد لايطالبان بقذفهما بالأولى اه أى بقذف الأب والمولى لهما (قوله المحصنة) علم منه أنه لابد أن تكون حرة (قوله أو نحوه) أى كالأم وغيرها مما يقع القدح فى نسبه كما مر بيانه (قوله ملك الطلب) أى حيث لم يكن مملوكا للقاذف ، فسقوط حق بعضهم لايوجب سقوط حق الباقين بحر ؛ وقيد بقوله للقاذف بأنه لو كان مملوكا لغيره له الطلب كما أفاده أبو السعود الأزهرى (قوله عذر) ذكره فى النهر بحثا أخذا مما فى القنية لو قال لآخر ياحرامى زاده لايحد ، ولو قاله الوالد لولده يعزر ، فإذا وجب التعزير بالشتم فبالقذف أولى ؛ فقوله فى البحر وفى نفسى منه شىء لتصريحهم بأن الوالد لايعاقب بسبب ولده ، فإذا كان لقذف لايوجب عليه شيئا فالشتم أولى اه ممنوع نهر :

ووجه المنع أن الأولوية بالعكس كما علمته ، ولايلزم من سقوط الحد بالقذف سقوط التعزير به لسقوط الحد بشبهة الأبوة لكون الغالب فيه حق الله تعالى ، بخلاف التعزير ولأنه لايلزم من سقوط الأعلى سقوط الأدنى ، لكن لايخفى أن قولهم لايعاقب الوالد بسبب ولده يشمل التعزير لأنه عقوبة فبقى توقف صاحب البحر على حاله . وقد يجاب بأن القاضى لم يعاقبه لأجل ولده بل لمخالفته أمر الله تعالى (قوله ولا إرث فيه) أى إذا مات المقذوف قبل إقامة الحد على القاذف أو بعد إقامة بعضه بطل الحد ، وليس لوارثه إقامته ، وهذا بخلاف ما إذا كان المقذوف ميتا فإن الطلب يثبت لأصوله وفروعه أصالة لابطريق الإرث ، وتمامه فى البحر (قوله خلافا للشافعى) الأولى ذكره بعد قوله فيه وعنه لأن الخلاف فى الكل ، ومبنى الخلاف أن الغالب فى حد القذف حق الشرع عندنا وعنده حق العبد ؛ فعنده يورث ويصح الرجوع عنه والعفو والاعتياض نظر إلى جانب حق العبد ، وعندنا بالعكس نظرا إلى جانب حقه تعالى ، وبيان تحقيق ذلك فى الفتح (قوله ولااعتياض) مقتضاه أن القاذف إذا دفع شيئا للمقذوف ليسقط حقه رجع به . قال المولى سرى الدين فى حواشى الزيلعى : وهل يسقط الحد إن كان ذلك بعد مارفع إلى القاضى؟ لايسقط وإن كان قبله سقط كذا فى فصول العمادى اه :

عوض ولا صلح ولا عفو (فيه. وعنه) نعم لو عفا المقذوف فلا حد لالصحة العفو بل لترك الطلب، حتى لو عاد وطلب حد شمنى ولذا لايتم الحد إلا بحضرته (قال لآخر يازانى فقال الآخر) لا (بل أنت حدا) لغلبة حق الله تعالى فيه (بخلاف مالو قال له مثلا ياخبيث فقال بل أنت) لم يعزرا لأنه حقهما وقد تساويا فـ(تكافئا) بخلاف ماسيجىء لو تشاتما بين يدى القاضى أو تضاربا لم يتكافآ لهتك مجلس الشرع ولتفاوت الضرب

قلت: ينبغى أن يكون العفو عن هذا التفصيل، ولا ينافيه قولهم إنه لا يبطل بالعفو لحمله على ما بعد المرافعة أبو السعود.

أقول: والمنقول خلافه. ففى الخانية: ولا يسقط هذا الحد بالعفو ولا بالإبراء بعد ثبوته، وكذا إذا عفى قبل الرفع إلى القاضى اهـ (قوله ولا صلح) فلا يجب المال وسقوط الحد على التفصيل السابق أفاده المصنف.

وأورد أن الصلح هو الاعتياض فلا وجه لذكره بعده. وأجيب بأن الاعتياض يعم عقد البيع بخلاف الصلح ط (قوله ولاعفو) فلايسقط الحد بعد ثبوته إلا أن يقول المقذوف لم يقذفنى أو كذب شهودى فيظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد لاأنه وقع ثم سقط وهذا كما إذا صدقه المقذوف فتح (قوله فيه) متعلق برجوع، وقوله وعنه متعلق باعتياض ومابعده ففيه لف ونشر مرتب (قوله نعم لوعفا الخ) فيه رد على بعض معاصرى صاحب البحر حيث توهم من عدم صحة العفو أن القاضى يقيم الحد عليه مع عفو المقذوف متمسكا بقول الفتح لايصح العفو ويحد. قال فى البحر: وهو غلط فاحش. ففى المبسوط: لايكون للإمام أن يستوفيه لأن الاستيفاء عند طلبه وقد تركه إلا إذا عاد وطلب فحينئذ يقيم الحد لأن العفو كان لغوا فكأنه لم يخاصم اهـ. قال: فتعين حمل مافى الفتح على ماإذا عاد وطلب اهـ (قوله ولذا الخ) دليل آخر لصاحب البحر استدل به على الرد المذكور، وهو مافى كافى الحاكم: لو غاب المقذوف بعد ماضرب الحد لم يتم الحد إلا وهو حاضر لاحتمال العفو فالعفو الصريح أولى (قوله حدا) أى المبتدئ والمجيب لأن كلا منهما قذف صاحبه، أما الأول فظاهر وكذا الثانى لأن معناه لابل أنت زان إذ هى كلمة عطف يستدرك به الغلط فيصير المذكور فى الأول خبرا لما بعد بل بحر، ولا يحدان إلا بطلبهما ولو بعد العفو والإسقاط كمامر، وقرره فى البحر خلافا لمايوهمه كلام الفتح (قوله لغلبة حق الله تعالى) فلو جعل قصاصا يلزم إسقاط حقه تعالى وهو لايجوز بحر.

قلت: ولعل اشتراط الطلب ولو بعد الثبوت بالنظر إلى مافيه من حق العبد (قوله مثلا) أى من كل لفظ غير موجب لحد (قوله ماسيجىء) أى فى باب التعزير (قوله أو تضاربا) أى ولو فى غير مجلس القاضى كما يفيده كلام البحر والتعليل المذكور (قوله لم يتكافآ) فيعزرهما ويبدأ بتعزير المبتدئ منهما لأنه أظلم كما سيجىء (قوله لهتك مجلس الشرع) أى هتك احترامه فلم يكن ذلك محض حقهما حتى يعتبر التساوى فيه، وقوله ولتفاوت الضرب علة لقوله أو تضاربا ففيه لف ونشر مرتب.

[تنبيه] لو تشاتما بين يدى القاضى هل له العفو عنهما؟ قال فى النهر: لم أره، والظاهر لا، بخلاف قوله أخذت الرشوة من خصمى وقضيت على فقد صرحو بأن له أن يعفو والفرق بين اهـ.

مطلب هل للقاضى العفو عن التعزير

قلت: وفيه نظر، لأنهما إذا تشاتما استويا حقهما لكنهما أخلا بحرمة مجلس القاضى فبقى مجرد حقه فصار بمنزلة قوله أخذت الرشوة فله العفو. يدل عليه مافى الولوالجية: لو تشاتما بين يديه ولم ينتهيا بالنهى، إن حبسهما وعزرهما فهو حسن لئلا يجترئ بذلك غيرهما فيذهب ماء وجه القاضى، وإن عفى عنهما فهو حسن لأن العفو مندوب

(ولو قاله لعرسه) وهو من أهل الشهادة (فردت به حدت ولالعان) الأصل أن الحدين إذا اجتمعا وفى تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان فى معنى الحد، ولذا قالوا لو قال لها يازانية بنت الزانية بدىء بالحد لينتفى اللعان (ولو قالت) فى جوابه (زنيت بك) أو معك (هدرا) أى الحد واللعان للشك قيد بالخطاب لأنها لو أجابته بأنت أزنى منى حد وحده خانية (ولو كان) ذلك (مع أجنبية حدت دونه) لتصديقها (أقر بولد ثم نفاه يلاعن وإن عكس حد) للكذب (والولد فيهما) لإقراره (ولو قال ليس بابنى ولا بابنك فهدر) لأنه أنكر الولادة.

(قال لامرأة يازانى حد اتفاقا) لأن الهاء تحذف للترخيم (ولرجل يازانية لا) وقال محمد: يحد لأن الهاء

إليه فى كل أمر اه وسنذكر فى التعزير الاختلاف فى أن الإمام هل له العفو والتوفيق لصاحب القنية بأن له ذلك فى الواجب حقا لله تعالى، بخلاف ما كان لجناية على العبد فإن العفو فيه للمجنى عليه، والظاهر أن تشاتمهما عند القاضى. وقوله أخذت الرشوة اجتمع فيه حق الشرع مع حق العبد وهو القاضى وترجح فيه حقه فكان حق عبد كما يفيده كلام الولوالجية، وإلا لم يكن له العفو تأمل (قوله ولو قاله لعرسه) أى او قال لزوجته يازانية (قوله وهو من أهل الشهادة) قيد به لأنه إذا لم يكن أهلا لها لايكون موجب قذفه لعانا بل حدا فيحداه ح عن إيضاح الإصلاح لابن كمال أى فيحد كل منهما بطلبهما، كما لو قاله لغير عرسه وهو المسألة المارة (قوله فردت به) أى بذلك اللفظ بأن قالت بل أنت (قوله ولالعان) لأنها لما حدت فى القذف لم تبق أهلا للعان لأنه شهادة ولا شهادة للمحدود فى قذف (قوله الأصل الخ) جواب عما قد يقال لم قدم حدها حتى سقط اللعان مع أنه لو قدم اللعان لايسقط حد القذف عنها، لأن حد القذف يجرى على الملاعنة كما فى الفتح (قوله واللعان فى معنى الحد) استئناف لبيان دخول المسأله تحت هذا الأصل فافهم (قوله ولذا) أى لكونه فى معنى الحد (قوله بدىء بالحد الخ) الأولى أن يقول فبدىء بالحد ينفى اللعان لأن البداءة بالحد موقوفة على مخاصمة الأم أولا فيسقط اللعان لأنه بطلت شهادة الرجل، أما لو خاصمت المرأة أولا فلاعن القاضى بينهما ثم خاصمت الأم يحد الرجل للقذف كما فى البحر (قوله ولو قالت فى جوابه) أى فى جواب قول الزوج لها يازانية (قوله للشك) لأنه يحتمل أنها أرادت به ماقبل النكاح فتحد لقذفها، ولا لعان لتصديقها إياه أوما كان معه بعد النكاح، وأطلقت عليه زنا للمشاكلة فيجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها، والحكم بتعيين أحدهما بعينه متعذر فوقع الشك فى كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك، حتى لو زال الشك بأن قالت قبل أن أتزوجك أو كانت أجنبية حدت فقط وهو ظاهر اه نهر وغيره (قوله قيد بالخطاب) أى بكاف الخطاب فافهم (قوله حد وحده) فى بعض النسخ حد وحدت وهو تحريف لأن الذى فى الخانية أن قوله أنت أزنى منى ليس بقذف لما قدمناه من أن معناه أنت أقدر على الزنا، نعم على مامر عن الظهيرية من أنه قذف تحد هى أيضا. وقد يقال إن الحد عليها وحدها لأنه إذا كان قذفا يكون تصديقا له فى أنها زانية على ما هو الأصل فى أفعل التفضيل من اقتضائه المشاركة والزيادة تأمل (قوله ولو كان ذلك) أى المذكور من قوله يازانية وردها بقولها زنيت بك (قوله حدت) لزوال الشك كما مر (قوله لتصديقها) علة لقوله دونه أى لايحد هو أيضا لأنها صدقته (قوله يلاعن) لأن النسب لزمه بإقراره، وبالنفى بعده صار قاذفا لزوجته فيلاعن نهر (قوله وإن عكس) بأن نفاه أولا ثم أقر به قبل اللعان حد، لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذى كان وجب بنفى الولد، لأنه ضرورى صير إليه ضرورة التكاذب بين الزوجين فكان خلفا عن الحد فإذا بطل صير إلى الأصل (قوله لإقراره) أى سابقا أو لاحقا، واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد بحر (قوله فهدر) أى لايتعلق به حد ولا لعان بحر (قوله لأنه أنكر الولادة) وبه لايصير قاذفا، ولذا لو قال لأجنبى لست بابن فلان وفلانة وهما أبواه لا يجب عليه شىء زيلعى (قوله لأن الهاء تحذف للترخيم) كذا علله فى الفتح، وعلله

تدخل للمبالغة كعلامة . قلنا الأصل فى الكلام التذكير :

(ولا حد بقذف من لها ولد لاأب له) معروف (فى بلد القذف) أو من لاعنت بولد (لأنه أمارة الزنا أو) بقذف (رجل وطىء فى غير ملكه بكل وجه) كأمة إبنه (أو بوجه) كأمة مشتركة (أو فى ملكه المحرم أبدا كأمة هى أخته رضاعا) فى الأصح لفوات العفة (أو) بقذف (من زنت فى كفرها) لسقوط الإحصان (أو)

فى الجوهرة بأن الأصل فى الكلام التذكير (قوله قلنا الأصل الخ) قد علمت أن هذا تعليل المسألة الوفاقية ،وعلل لهذه فى الجوهرة وغيرها بأنه أحال كلامه فوصف الرجل بصفة المرأة. وقال فى الفتح : ولهما أنه رماه بما يستحيل منه فلا يحد ، كما لوقذف مجبوبا ، وكما لو قال أنت محل للزنا لايحد، وكون التاء للمبالغة مجاز بل هى لما عهد لها من التأنيث . ولو كان حقيقة فالحد لايجب بالشك (قوله فى بلد القذف) أى لافى كل البلاد بحر ، وهذا أعم من مجهول النسب لأنه من لايعرف له أب فى مسقط رأسه شرنبلالية (قوله أو من لاعنت بولد) أى سواء كان حيا أوميتا، وهذا إذا قطع القاضى نسب الولد وألحقه بأمه وبقى اللعان ، فلو لاعنت بغير ولد أو لاعنت بولد ولم يقع نسبه أو بطل اللعان بإكذاب الزوج نفسه ثم قذفها رجل وجب الحد ، أفاده فى البحر (قوله لأنه) أى الولد فى المسألتين أمارة : أى علامة الزنا فقاتت العفة (قوله أو بقذف رجل وطىء فى غير ملكه الخ) الأصل فيه أن من وطىء وطأ حراما لعينه لايحد قاذفه لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه ، وإن كان محرما لغيره يحد قاذفه لأنه ليس بزنا فالوطء فى غير ملكه من كل وجه أو من وجه حرام لعينه ، وكذا الوطء فى الملك ، والحرمة مؤبدة بشرط ثبوتها بالإجماع أو بالحديث المشهور عند أبى حنيفة لتكون ثابتة من غير تردد ، بخلاف ثبوت المصاهرة بالمس والتقبيل لأن فيها خلافا ، ولانص فيها بل هى احتياط . أما ثبوتها بالوطء فهو بنص — ولاتنكحوا مانكح آباؤكم — ولا يعتبر الخلاف مع النص ، فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره ، وتمامه فى الهداية وشروحها (قوله كأمة ابنه) مثل له فى الفتح بقوله كوطء الحرة الأجنبية والمكرهة ،فالموطوءة إذا كانت مكرهة يسقط إحصانها فلا يحد قاذفها لأن الإكراه يسقط الإثم ولايخرج الفعل عن كونه ،فكذا يسقط إحصانها كمايسقط إحصان المكره الواطىء (قوله كأمة مشتركة) أى بين الواطىء وغيره (قوله أوفى ملكه المحرم أبدا) إسناد الحرمة إلى الملك من إسناد ماللمسبب إلى سببه لأن المحرم هو المتعة والملك سببها: واحترز بقوله أبدا عن الحرمة المؤقتة ،ويأتى أمثلتها قريبا وترك اشتراط ثبوت الحرمة بالإجماع (قوله فى الأصح) احتراز عن قول الكرخى كالأئمة الثلاثة إنه يحد قاذفه لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية :

وجه الصحيح أن الحرمة فى المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة ، بخلاف حرمة الرضاع فلم يكن المحل قابلا للحل أصلا فكيف يجعل حراما لغيره فتح (قوله لفوات العفة) تعليل للمسائل الثلاث أى وإذا زالت العفة زال الإحصان ، والنص إنما أوجب الحد على من رمى المحصنات ، وفى معناه المحصنين رميه رمى غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه ، نعم هو محرم بعد التوبة فيعزر فتح (قوله أو بقذف من زنت فى كفرها) الأنوثة غير قيد كما فى الفتح ، وأطلقه فشمل الحربى والذمى ، وما إذا كان الزنا فى دار الإسلام أو فى دار الحرب ، وما إذا قال له زنيت وأطلق ثم أثبت أنه زنى فى كفره أو قال له زنيت وأنت كافر فهو كما لو قال لمعتق زنيت وأنت عبد بحر وماذكره من شمول الإطلاق والإسناد إلى وقت الكفر هو المتبادر من إطلاق المصنف كالكنز والهداية والزيلعى والاختيار وغيرها . ويخالفه مافى الفتح من أن المراد قذفها بعد الإسلام بزنا كان فى نصرانيتها ، بأن قال زنيت وأنت كافرة ، كما لوقال قذفتك بالزنا وأنت أمة فلا حد عليه لأنه إنما أقر أنه قذفها فى حال لو علمنا منه صريح القذف لم يحد ، لأن الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام عليه الجلد حدا لا الرجم ، ولا يسقط الحد بالإسلام وكذا

بقذف (مكاتب مات عن وفاء) لاختلاف الصحابة فى حريته فأورث شبهة .

(وحد قاذف واطئ عرسه حائضا وأمة مجوسية ومكاتبة ومسلم نكح محرمه فى كفره) لثبوت ملكه فيهن ، وفى الأخيرة خلافهما .

(و) حد (مستأمن قذف مسلما) لأنه التزم إيفاء حقوق العباد (بخلاف حد الزنا والسرقة) لأنهما من حقوق الله تعالى المحضة كحد الخمر . وأما الذمى فيحد فى الكل إلا الخمر غاية ، لكن قدمنا عن المنية تصحيح حده بالسكر أيضا . وفى السراجية : إذا اعتقدوا حرمة الخمر كانوا كالمسلمين ؛ وفيها : لو سرق الذمى أو زنى فأسلم إن ثبت بإقراره أو بشهادة المسلمين حد ، وإن بشهادة أهل الذمة لا (أقر القاذف بالقذف ، فإن أقام أربعة على زناه) ولو فى كفره لسقوط إحصانه كما مر (أو أقر بالزنا) أربعا (كما مر) عبارة الدرر : أو إقراره بالزنا ، فيكون معناه أو أقام بينة على إقراره بالزنا ، وقد حرر فى البحر أن البينة على ذلك لاتعتبر أصلا ولا يعول عليها ،

العبد اه وتبعه فى الشرنبلالية. ومقتضاه أنه لو قال زنيت وأطلق يحد، إلاأن يقال إنه يحد مع الإطلاق إذا لم يكن زناه فى كفره ثابتا فلو كان ثابتا لايحد ، ولذا قيده فى البحر بقوله ثم أثبت أنه زنى فى كفره وهو المفهوم من كلام المصنف كغيره حيث جعل موضوع المسألة قذف من زنت فى كفرها ، فمقتضاه ثبوت الزنا فى حال كفرها . وأما لو قال قذفتك وأنت أمة فلا يحتاج إلى ثبوت زناها لما مر من التعليل (قولهمات عن وفاء) وكذا لو مات عن غير وفاء بالأولى لموته عبدا بحر (قوله فى حريته) أى التى هى شرط الإحصان (قوله وحد الخ) شروع فى محترز قوله أو فى ملكه المحرم أبدا فإن الحرمة فى هذه المذكورات مؤقتة ومثل الحائض المظاهر منها والصائمة صوم فرض ومثل الأمة المجوسية الأمة المتزوجة والمشتراة شراء فاسدا لأن الشراء الفاسد يوجب الملك ، بخلاف المنكوحة نكاحا فاسدا فإن الملك لايثبت فيه فلذا يسقط إحصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه كما فى الفتح (قوله ومسلم) بالجر وفى بعض النسخ ومسلما بالنصب ، فالأول عطف على لفظ واطئ والثانى على محله (قوله لثبوت ملكه فيهن) أى فى هذه المسائل ، ففى بعضها ملك نكاح وفى بعضها ملك اليمين ، وحرمة المتعة فيها ليست مؤبدة بل مؤقتة كما علمت فكان الوطء فيها حراما لغيره لا لعينه فلم يكن زنا لأن الزنا ما كان بلا ملك (قوله وفى الذخيرة خلافهما) وأصله أن تزوج المجوسى له حكم الصحة عنده ، وحكم البطلان عندهما غاية البيان (قوله مستأمن) بكسر الميم الثانية كما يأتى فى بابه (قوله لأنه التزم الخ) أى وحد القذف فيه حق العبد كما مر (قوله بخلاف حد الزنا والسرقة) أى فلا يلزمه خلافا لأبى يوسف (قوله فيحد فى الكل) أى اتفاقا (قوله غاية) أى غاية البيان (قوله لكن الخ) استدرك على قوله إلا الخمر فإنه بإطلاقه شامل لما إذا سكر منه فافهم (قوله أيضا) أى كما يحد للزنا والسرقة لكن قدمنا أن المذهب أنه لايحد (قوله وفى السراجية الخ) تقييد لقوله إلا الخمر (قوله حد) أى إذا لم يتقادم على مامر بيانه فى الباب السابق (قوله لا) أى لايحد ، لأن شهادتهم قامت على مسلم فلم تقبل (قوله على زناه) أى زنا بالمقذوف (قوله لسقوط إحصانه) لامحل لذكره هنا لأن جواب المسألة هو قول المصنف حد المقذوف ، فالكلام فى حد المقذوف لا فى حد القاذف ، وقدمنا قريبا عن الفتح أن الزنا يتحقق من الكافر ويقام عليه حد الجلد لا الرجم ، ولا يسقط الحد بالإسلام ، وقدمه الشارح أيضا عند بيان شروط الإحصان ، نعم هذا التعليل يناسب سقوط الحد عن القاذف ، وإذا كان جواب المسألة حد المقذوف يلزم منه سقوط الحد عن القاذف فلم يكن التعليل خارجا عن المناسبة من كل وجه ، كيف والباب معقود لحد القاذف دون المقذوف فافهم (قوله كما مر) أى نظير مامر من كونه فى أربعة مجالس (قوله وقد حرر فى البحر الخ) أى فى باب حد الزنا وذكر مثله هنا فى الشرنبلالية عن البدائع .

لأنه إن كان منكرا فقد رجع فتلغو البينة ، وإن كان مقرا لاتسمع مع الإقرار إلا فى سبع مذكورة فى الأشباه ليست هذه منها ، فلذا غير المصنف العبارة فتنبه (حد المقذوف) يعنى إذا لم تكن الشهادة بحد متقادم كما لايخفى (وإن عجز) عن البينة للحال (واستأجل لإحضار شهوده فى المصر يؤجل إلى قيام المجلس ، فإن عجز حد ولا يكفل ليذهب لطلابهم بل يحبس ويقال ابعث إليهم) من يحضرهم ؛ ولو أقام أربعة فساقا أنه كما قال درئ الحد عن القاذف والمقذوف والشهود ملتقط .

(يكتفى بحـــد واحد لجنايات

والحاصل أن تعبير الدرر بالإقرار لا يناسب قوله حد المقذوف وإنما يناسب لو قال سقط الحد عن القاذف وهو الأولى لأن الباب معقود له لا لحد المقذوف . قال فى الفتح : فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة أى الرجل والمرأتين ، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكأنا سمعنا إقراره بالزنا اهـ ونحوه مايذكره الشارح قريبا عن الملتقط ، فقوله لاتعتبر أصلا الخ أى بالنسبة إلى حد المقذوف .

مطلب لاتسمع البينة مع الإقرار إلا فى سبع

(قوله لاتسمع مع الإقرار إلا فى سبع) فى وارث مقر بدين على الميت فتسمع للتعدى : أى تعدى الحكم بالدين إلى باقى الورثة ، وفى مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصى ، وفى مدعى عليه أقر بالوكالة فيثبتها الوكيل دفعا للضرر ، وفى الاستحقاق إذا أقر المستحق عليه ليتمكن من الرجوع على بائعه ، وفيما لو خوصم الأب بحق عن الصبى فأقر لايخرج عن الخصومة فتسمع البينة عليه بخلاف الوصى وأمين القاضى ، وفيما لو أقر الوارث للموصى له ، وفيما لو آجر دابة بعينها من رجل ثم من آخر فبرهن الأول على المؤجر تقبل وإن كان مقرا له اهـ ملخصا (قوله حد المقذوف) أى دون القاذف كما علمت وترك التصريح به لظهوره (قوله بحد متقادم) تقدم بيانه فى باب الشهادة على الزنا (قوله وإن عجز عن البينة للحال الخ) أما لو أقام شاهدين لم يزكيا أو شاهدا واحدا وادعى أن الثانى فى المصر فإنه يحبسه ثلاثة أيام للتزكية أو لإحضار الآخر كما قدمناه أول الباب (قوله إلى قيام المجلس) أى مقدار قيام القاضى من مجلسه فتح (قوله ولا يكفل الخ) لأن سبب وجوب الحد ظهر عند القاضى فلا يكون له أن يؤخر الحد لتضرر المقذوف بتأخير دفع العار عنه وإلى آخر المجلس قليل لا يتضرر . وفى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد يكفل فلذا يحبس عندهما فى دعوى الحد والقصاص ، ولا خلاف أنه لايكفل بنفس الحد والقصاص . وكان أبو بكر الرازى يقول مراد أبى حنيفة أن القاضى لا يجبره على إعطاء الكفيل ، فأما إذا سمحت نفسه به فلا بأس لأن تسليمه لنفسه مستحق عليه والكفيل بالنفس إنما يطالب بهذا القدر فتح (قوله درئ الحد الخ) لأن الفاسق فيه نوع قصور وإن كان من أهل الأداء والتحمل ، ولذا لو قضى بشهادته نفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا فيسقط الحد عنهم وعن القاذف ، وكذا عن المقذوف لاشتراط العدالة فى الثبوت . وأما لو كانوا عميانا أو عبيدا أو محدودين فى قذف أو كانوا ثلاثة فإنهم يحدون للقذف دون المشهود عليه لعدم أهلية الشهادة فيهم أو عدم النصاب كما تقدم فى باب الشهادة على الزنا .

قلت : والظاهر أن القاذف يحد أيضا لأن الشهود إذا حدوا مع أنهم إنما تكلموا على وجه الشهادة لاعلى وجه القذف يحد القاذف بالأولى ولم أره صريحا ، وهذا بخلاف شهادة الاثنين على الإقرار كما مر قريبا (قوله يكتفى بحد واحد الخ) أفاد أن الحد وقع بعد الفعل المتكرر ، إذ لو حد للأول ثم فعل الثانى يحد حدا آخر للثانى سواء

اتحد جنسها ، بخلاف مااختلف) جنسها كما بيناه ، وعم إطلاقه ماإذا اتحد المقذوف ام تعدد بكلمة أم كلمات فى يوم أم أيام طلب كلهم أم بعضهم ، وما إذا حد للقذف إلا سوطا ثم قذف آخر فى المجلس فإنه يتم الأول ، ولا شىء للثانى للتداخل ؛ وأما إذا قذف فعتق فقذف آخر حد حد العبد فإن آخذه الثانى كمل له ثمانون لوقوع الأربعين لهما فتح . وفى سرقة الزيلعى قذفه فحد ثم قذفه لم يحد ثانيا لأن المقصود وهو إظهار كذبه ودفع العار

كان قذفا أو زنا أو شربا كما صرح به فى الفتح وغيره بحر ، لـكن استثنى ماإذا قذف المحدود ثانيا المقذوف الأول كما يأتى قريبا (قوله اتحد جنسها) بأن زنا أو شرب أو قذف مرارا كنز ، وكذا السرقة بحر (قوله كما بيناه) أى عند قوله اجتمعت عليه أجناس مختلفة الخ (قوله بكلمة) مثل أنتم زناة نهر ، ومثله ياابن الزانيين كما مر أول الباب (قوله إلا سوطا) احتراز عما لو تمم الحد ثم قذف رجلا آخر فإنه يحد ثانيا (قوله فى المجلس) لم أر من صرح بمحترزه (قوله ولا شىء للثانى للتداخل) والأصل أنه متى بقى عليه من الحد الأول شىء فقذف آخر قبل تمامه ضرب بقية الأول ولم يحد للثانى جوهرة .

قلت : وقيد ذلك فى البحر والنهر بما إذا حضرا جميعا ، لما فى المحيط والتبيين : لو ضرب للزنا أو للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى أو شرب ثانيا حد حدا مستأنفا ، ولو كان ذلك فى القذف ، فإن حضر الأول والثانى جميعا أو الأول كمل الأول ولا شىء للثانى للتداخل ، وإن حضر الثانى وحده يجلد حدا مستقبلا للثانى ويبطل الأول لعدم دعواه اهـ أى لعدم دعوى الأول تـكميل الحد الواجب له لأنه بمنزلة العفو ابتداء ، فـكما لا يقام له الحد ابتداء إلا بطلبه كذلك لايكمل له إلا بطلبه ، هذا ماظهر لى فتأمل .

والحاصل أنه إنما يكتفى بتكميل الحد الأول إن طلب المقذوف الأول وحده أو مع الثانى ، فلو طلب الثانى وحده حد له حدا مستقبلا كحد الزنا والشرب .

وبه علم أن شرط تكميل الأول حضور الأول فقط ، وأن التداخل قد يكون بتداخل الثانى فيما بقى من الأول ، وقد يكون بتداخل مابقى من الأول فى الثانى وذلك فيما يحد به حدا مستقبلا كما علمت آنفا ، ومر أيضا قبيل هذا الباب فى قول المصنف أقيم عليه بعض الحد فهرب وشرب ثانيا يستأنف ، فما ظنه بعض المحشين من التعارض بين مامر وما هنا فهو خطأ لما علمت من اختلاف الموضوع (قوله وما إذا قذف الخ) معطوف كسابقه على قوله ما إذا اتحد (قوله فعتق) بالبناء للفاعل لأنه لازم لايتعدى إلا بالهمزة ط عن ابن الشحنة (قوله فإن آخذه الثانى) أى طالبه فى أثناء الحد أو بعد تمامه ط (قوله ثم قذفه) أى قذف المقذوف أولا ؛ بخلاف ماإذا قذف شخصا آخر بعد حده للأول فإنه يحد للثانى كما قدمناه (قوله لأن المقصود الخ) قال فى البحر : لايخفى مافيه فإنه بالحد الأول لم يظهر كذبه فى إخبار مستقبل ، بل فيما أخبر به ماضيا قبل الحد ، ولهذا قال فى الفتح : وصار كما لو قذف شخصا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا ، بأن قال أنا باق على نسبتى إليه الزنا الذى نسبته إليه لايحد ثانيا فـكذا هذا ، أما لو قذفه بزنا آخر حد به اهـ لـكن فى الظهيرية : ومن قذف إنسانا فحد ثم قذفه ثانيا لم يحد .

والأصل فيه ماروى : أن أبا بكرة لما شهد على المغيرة بالزنا وجلده عمر لقصور العدد بالشهادة كان يقول بعد ذلك فى المحافل أشهد إن المغيرة لزان ، فأراد عمر أن يحده ثانيا فمنعه علىّ فرجع إلى قوله وصارت المسألة إجماعا اهـ فظهر أن المذهب إطلاق المسألة كما ذكره الزيلعى اهـ مافى البحر ، وتبعه فى النهر أى المذهب أنه شامل لما إذا قذفه بعين الزنا الأول أو بزنا آخر خلافا لما قاله فى الفتح .

قلت : والذى يظهر لى أن الصواب مافى الفتح ، وأنه إذا صرح بنسبته إلى زنا غير الأول يحد ثانيا ، كما لو قذف

حصل بالأول اهـ ومفاده أنه لو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة فخاصمه حد ثانيا كما لا يخفى . وأفاد تقييده بالحد أن التعزير يتعدد ألفاظه لأنه حق العبد :

[فرع] عاين القاضى رجلا زنى أو شرب لم يحده استحسانا. وعن محمد يحده قياسا على حد القذف والقود. قلنا : الاستيفاء للقاضى وهو مندوب للدرء بالخبر فلحقه التهمة حواشى السعدية .

باب التعزير

(هو) لغة التأديب مطلقا ، وقول القاموس إنه يطلق على ضربه دون الحد غلط نهر :

شخصا آخر لأنه لم يظهر كذبه فى القذف الثانى ، بخلاف ما إذا حد ثم قذفه بالزنا الأول أو أطلق لحمل إطلاقه على الأول ، لأن المحدود بالقذف يكرر كلامه بعد القذف لإظهار صدقه فيما حد بسببه كما فعله أبو بكرة ، فإن قوله أشهد إن المغيرة لزان لم يرد به زنا آخر ، وبه ظهر أن مافى الظهيرية لاينافى مافى الفتح فلا يصلح للاستدراك به عليه (قوله ومفاده الخ) أى مفاد مامر عن الزيلعى من انتفاء الحد ثانيا حيث اتحد المقذوف أنه لو تعدد يحد ، وقدمنا التصريح به عن الفتح وغيره ، فإذا قذف شخصا بالزنا فحد له ثم قال له ياابن الزانية فإنه يحد ثانيا وإن كانت أم المقذوف ميتة وكان الطالب له لأن الثانى قذف لأمه ؛ وكذا يحد بالأولى لو كانت الأم حية فخاصمته (قوله إن التعزير يتعدد الخ) جزم به مع أن المصنف قال لم أر من صرح به لكنه يؤخذ من كلامهم اهـ ط والمراد التعزير الذى هو حق العبد كما يفيده التعليل وسيأتى تمام الكلام على ذلك عند قول المصنف فى الباب الآتى وهو حق العبد (قوله قلنا) أى فى وجه الاستحسان بابداء الفارق وهو أن حد الزنا أو الشرب ليس له مطالب مخصوص فكان استيفاؤه للقاضى ابتداء والقاضى مندوب أى مأمور بالدرء : أى درء الحد بالستر عليه كما مر فى الشاهد للخبر وهو حديث «من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موءودة» فإذا أعرض القاضى عما ندب إليه وأراد استيفاءه لحقته تهمة بذلك فلم يجز له استيفاؤه ؛ بخلاف حد القذف والقود فإن له مطالبا وهو المقذوف وولى المقتول ؛ حتى قيل إن إقامة التعزير لصاحبه كالقصاص كما نقله فى المجتبى فلم يوجد من القاضى تهمة فيه ؛ فكان له استيفاؤه فيما بينه وبين الله تعالى لأن القضاء ليس شرطا لاستيفاء القصاص بل للتمكين كما مر قبيل باب الشهادة على الزنا ؛ هذا ماظهر لى فى تقرير هذا المحل فتأمله ؛ والله سبحانه أعلم .

باب التعزير

لما ذكر الزواجر المقدرة شرع فى غير المقدرة ، وأخرها لضعفها ، وألحقه بالحدود مع أن منه محض حق العبد لما أنه عقوبة ، وتمامه فى النهر (قوله هو لغة التأديب مطلقا) أى بضرب وغيره دون الحد أو أكثر منه : ويطلق على التفخيم والتعظيم ، ومنه — وتعزروه وتوقروه — فهو من أسماء الأضداد (قوله غلط) لأن هذا وضع شرعى لا لغوى إذ لم يعرف إلا من جهة الشرع ، فكيف نسب لأهل اللغة الجاهلين بذلك من أصله . والذى فى الصحاح بعد تفسيره بالضرب ، ومنه سمى ضرب مادون الحد تعزيرا ، فأشار إلى أن هذه الحقيقة الشرعية منقولة عن الحقيقة اللغوية بزيادة قيد هو كون ذلك الضرب دون الحد الشرعى ، فهو كلفظ الصلاة والزكاة ونحوهما المنقولة لوجود المعنى اللغوى فيها وزيادة ، وهذه دقيقة مهمة تفطن لها صاحب الصحاح وغفل عنها صاحب القاموس ، وقد وقع له نظير ذلك كثيرا وهو غلط يتعين التفطن له اهـ نهر عن ابن حجر المكى . وأجيب بأنه لم يلتزم الألفاظ اللغوية فقط ، بل يذكر المنقولات الشرعية والاصطلاحية وكذا الألفاظ الفارسية تكثيرا

وشرعا (تأديب دون الحد أكثره تسعة وثلاثون سوطا، وأقله ثلاثة) لو بالضرب، وجعله فى الدرر على أربع مراتب

للفوائد، وفيه نظر لأن كتابة موضوع لبيان المعانى اللغوية، فحيث ذكر غيرها كان عليه التنبيه عليه لئلا يوقع الناظر فى الاشتباه (قوله تأديب دون الحد) الفرق بين الحد والتعزير أن الحد مقدر والتعزير مفوض إلى رأى الإمام، وأن الحد يدرأ بالشبهات والتعزير يجب معها، وأن الحد لايجب على الصبى والتعزير شرع عليه. والرابع أن الحد يطلق على الذمى والتعزير يسمى عقوبة له لأن التعزير شرع للتطهير تاترخانية. وزاد بعض المتأخرين أن الحد مختص بالإمام والتعزير يفعله الزوج والمولى وكل من رأى أحدا يباشر المعصية، وأن الرجوع يعمل فى الحد لافى التعزير، وأنه يحبس المشهود عليه حتى يسأل عن الشهود فى الحد لافى التعزير، وأن الحد لاتجوز الشفاعة فيه وأنه لايجوز للإمام تركه وأنه قد يسقط بالتقادم بخلاف التعزير فهى عشرة:

قلت: وسيجىء غيرها عند قوله وهو حق العبد (قوله أكثره تسعة وثلاثون سوطا) لحديث «من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين» وحد الرقيق أربعون فنقص عنه سوطا. وأبو يوسف اعتبر أقل حدود الأحرار لأن الأصل الحرية فنقص سوطا فى رواية عنه: وظاهر الرواية عنه تنقيص خمسة كما روى عن على:

ويجب تقليد الصحابى فيما لايدرك بالرأى لكنه غريب عن على وتمامه فى الفتح. وفى الحاوى القدسى قال أبو يوسف: أكثره فى العبد تسعة وثلاثون سوطا؛ وفى الحر خمسة وسبعون سوطا وبه نأخذ اه فعلم أن الأصح قول أبى يوسف بحر:

قلت: يحتمل أن قوله وبه نأخذ ترجيح للرواية الثانية عن أبى يوسف على الرواية الأولى لكون الثانية هى ظاهر الرواية عنه، ولايلزم من هذا ترجيح قوله على قولهما الذى عليه متون المذهب مع نقل العلامة قاسم تصحيحه عن الأئمة، ولذا لم يعوّل الشارح على مافى البحر. وعن أبى يوسف أنه يقرب كل جنس إلى جنسه، فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا، وقذف غير المحصن أو المحصن بغير الزنا من حد القذف صرفا لكل نوع إلى نوعه. وعنه أنه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره زيلعى (قوله وأقله ثلاثة) أى أقل التعزير ثلاث جلدات وهكذا ذكره القدورى، فكأنه يرى أن مادونها لايقع به الزجر، وليس كذلك بل يختلف ذلك باختلاف الأشخاص، فلامعنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا إلى رأى القاضى يقيمه بقدر مايرى المصلحة فيه على مابينا تفاصيله، وعليه مشايخنا رحمهم الله تعالى زيلعى، ونحوه فى الهداية. قال فى الفتح: فلو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به، وبه صرح فى الخلاصة. ومقتضى الأول أنه يكمل له ثلاثة لأنه حيث وجب التعزير بالضرب، فأقل مايلزم أقله، إذ ليس وراء الأقل شىء ثم يقتضى أنه لو رأى أنه إنما ينزجر بعشرين كانت أقل مايجب فلا يجوز نقصه عنها، فلو رأى أنه لاينزجر بأقل من تسعة وثلاثين صار أكثره أقل الواجب، وتبقى فائدة تقدير الأكثر بها أنه لو رأى أنه لاينزجر إلا بأكثر منها يقتصر عليها، ويبدل ذلك الأكثر بنوع آخر وهو الحبس مثلا (قوله لو بالضرب) يعنى أن تقدير التعزير بما ذكر إنما هو فيما لو رأى القاضى تعزيره بالضرب فليس له الزيادة على الأكثر، فلاينافى مايأتى من أن التعزير ليس فيه تقدير، بل هو مفوض إلى رأى القاضى لأن المراد تفويض أنواعه من ضرب ونحوه كما يأتى (قوله على أربع مراتب) تعزير أشراف الأشراف، وهم العلماء والعلوية بالإعلام، بأن يقول له القاضى بلغنى أنك تفعل كذا فينزجر به. وتعزير الأشراف، وهم نحو الدهاقين بالإعلام والجر إلى باب القاضى والخصومة فى ذلك. وتعزير الأوساط، وهم السوقة بالجر والحبس. وتعزير الأخساء بهذا كله وبالضرب اه ومثله فى الفتح عن الشافى والزيلعى عن النهاية، ويأتى الكلام عليه. والدهاقين: جمع دهقان بكسر الدال وقد تضم

وكله مبني على عدم تفويضه للحاكم مع أنها ليست على إطلاقها، فإن من كان من أشراف الأشراف لوضرب غيره فأدماه لايكفى تعزيره بالإعلام، وأرى أنه بالضرب صواب (ولايفرق الضرب فيه) وقيل يفرق . ووفق بأنه إن بلغ أقصاه يفرق وإلا لا شرح وهبانية (ويكون به و) بالحبس و (بالصفع) على العنق (وفرك الأذن ، وبالكلام العنيف ، وبنظر القاضي له بوجه عبوس ، وشتم غير القذف) مجتبى . وفيه عن السرخسي : لايباح بالصفع لأنه من أعلى مايكون من الاستخفاف ، فيصان عنه أهل القبلة (لا بأخذ مال في المذهب) بحر . وفيه عن البزازية : وقيل يجوز ، ومعناه أن يمسكه مدة لينزجر ثم يعيده له ، فإن أيس من توبته صرفه إلى مايرى . وفي المجتبى أنه كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ .

وهو معرب يطلق على رئيس القرية ، والتاجر ، ومن له مال وعقار مصباح (قوله وكله مبني الخ) أي كل ماذكر من المراتب الأربعة ، ولا يصح أن يرجع إلى مافي المتن أيضا ، لأن ماذكر فيه من التقدير لافرق فيه بين القول بالتفويض وعدمه كما علمت فافهم .

ثم إن ماذكره من أنه مخالف للقول بالتفويض هو مافهمه في البحر حيث قال : وظاهره أنه ليس مفوضا إلى رأي القاضي وأنه ليس له التعزير بغير المناسب لمستحقه ، وظاهر الأول : أي القول بالتفويض أن له ذلك اهـ .

قلت : وفيه كلام نذكره قريبا (قوله فإن من كان الخ) سنذكر مايؤيده قريبا (قوله ولايفرق الضرب فيه) بل يضرب في موضع واحد لأنه جرى فيه التخفيف من حيث العدد ، فلو خفف من حيث التفريق أيضا يفوت المقصود من الانزجار (قوله وقيل يفرق) ذكره محمد في حدود الأصل والأول ذكره في أشربة الأصل (قوله ووفق الخ) فليس في المسألة روايتان ، بل اختلاف الجواب لاختلاف الموضوع ، وهذا التوفيق مذكور في شروح الهداية والكنز (قوله وإلالا) أي إن لم يبلغ الأكثر بل كان بالأدنى كثلاث ونحوها لأنه لايفسد العضو كما في الفتح وبه علم أن المراد بالأقصى الأكثر أو ماقاربه مما يخشى من جمعه على عضو واحد إفساده فافهم. قال الزيلعي : ويتقي المواضع التي تتقى في الحدود: أي كالرأس والمذاكير (قوله ويكون) أي التعزير به : أي بالضرب الخ وليس مراده حصر أنواعه فيما ذكر كما يفيده قوله الآتي ويكون بالنفي عن البدائع .

قلت : ويكون أيضا بالتشهير والتسويد لشاهد الزور كما سنذكره آخر الباب (قوله وبالصفع) هو أن يبسط الرجل كفه فيضرب بها قفا الإنسان أو بدنه ، فإذا قبض كفه ثم ضربه فليس بصفع بل يقال ضربه بجمع كفه ، مصباح (قوله فيصان عنه أهل القبلة) وإنما يكون لأهل الذمة عند أخذ الجزية منهم .

مطلب في التعزير بأخذ المال

(قوله لا بأخذ مال في المذهب) قال في الفتح : وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال . وعندهما وباقي الأئمة لا يجوز اهـ . ومثله في المعراج ، وظاهره أن ذلك رواية ضعيفة عن أبي يوسف . قال في الشرنبلالية : ولا يفتى بهذا لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه اهـ ومثله في شرح الوهبانية عن ابن وهبان (قوله وفيه الخ) أي في البحر ، حيث قال : وأفاد في البزازية أن معنى التعزير بأخذ المال على القول به إمساك شيء من ماله عنه مدة لينزجر ثم يعيده الحاكم إليه ، لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة ، إذ لايجوز لأحد من المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي . وفي المجتبى لم يذكر كيفية الأخذ وأرى أن يأخذها فيمسكها ، فإن أيس من توبته يصرفها إلى مايرى . وفي شرح الآثار : التعزير بالمال كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ اهـ .

(و) التعزير (ليس فيه تقدير بل هو مفوض إلى رأى القاضى) وعليه مشايخنا زيلعى ، لأن المقصود منه الزجر ، وأحوال الناس فيه مختلفة بحر (ويكون) التعزير (بالقتل كمن) وجد رجلا

والحاصل أن المذهب عدم التعزير بأخذ المال ، وسيذكر الشارح فى الكفالة عن الطرسوسى أن مصادرة السلطان لأرباب الأموال لا تجوز إلا لعمال بيت المال : أى إذا كان يردها لبيت المال (قوله والتعزير ليس فيه تقدير) أى ليس فى أنواعه ، وهذا حاصل قوله قبله ويكون به وبالصفع الخ . قال فى الفتح : وبما ذكرنا من تقدير أكثره يعرف ما ذكر من أنه ليس فى التعزير شىء مقدر بل مفوض إلى رأى الإمام : أى من أنواعه ، فإنه يكون بالضرب وبغيره . أما إذا اقتضى رأيه الضرب فى خصوص الواقعة فإنه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين اهـ .

قلت : نعم له الزيادة من نوع آخر ، بأن يضم إلى الضرب الحبس كما يذكره المصنف ، وذلك يختلف باختلاف الجناية والجانى . قال الزيلعى : وليس فى التعزير شىء مقدر ، وإنما هو مفوض إلى رأى الإمام على ما تقتضى جنايتهم ، فإن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية ، فينبغى أن يبلغ غاية التعزير فى الكبيرة ، كما إذا أصاب من الأجنبية كل محرم سوى الجماع أو جمع السارق المتاع فى الدار ولم يخرجه ، وكذا ينظر فى أحوالهم ، فإن من الناس من ينزجر باليسير ، ومنهم من لا ينزجر إلا بالكثير . وذكر فى النهاية التعزير على مراتب إلى آخر ما مر عن الدرر .

أقول : وظاهر عبارته أن قوله وذكر فى النهاية الخ بيان لقوله وكذا ينظر فى أحوالهم الخ : أى أن أحوال الناس على أربع مراتب ، فلا يكون ما فى النهاية والدرر مخالفا للقول بالتفويض ، وحينئذ فيكون المراد بالمرتبة الأولى وهى أشراف الأشراف من كان ذا مروءة صدرت منه الصغيرة على سبيل الزلة والندور ، فلذا قالوا تعزيره بالإعلام لأنه فى العادة لا يفعل ما يقتضى التعزير بما فوق ذلك ، ويحصل انزجاره بهذا القدر من التعزير ، فلا ينافى أنه على قدر الجناية أيضا ، حتى لو كان من الأشراف لكنه تعدى طوره ففعل اللواطة أو وجد مع الفسقة فى مجلس الشرب ونحوه لا يكتفى بتعزيره بالإعلام فيما يظهر لخروجه عن المروءة ؛ لأن المراد بها كما فى الفتح وغيره الدين والصلاح ، وسيأتى آخر الباب أنه لو تكرر منه الفعل يضرب التعزير فهذا صريح فى أنه بالتكرار لم يبق ذا مروءة وهذا مؤيد لما قدمه عن النهر من أنه لو ضرب غيره فأدماه لا يكفى تعزيره بالإعلام الخ ثم رأيت فى الشرنبلالية عين ما بحثته ، حيث قال : ولا يخفى أن هذا : أى الاكتفاء بتعزيره بالإعلام إنما هو مع ملاحظة السبب فلا بد أن لا يكون مما يبلغ به أدنى الحد ، كما إذا أصاب من أجنبية غير الجماع اهـ فهذا صريح فى أن من كان من الأشراف يعزر على قدر جنايته وأنه لا يكتفى فيه بالإعلام إذا كانت جنايته فاحشة تسقط بها مروءته ، فقد ثبت بما قلنا عدم مخالفة ما فى الدرر للقول بتفويضه للقاضى ، وأن المعتبر حال الجناية والجانى ، خلافا لما فهمه فى البحر كما قدمناه ، فاغتنم هذا التحرير المفرد (قوله وعليه مشايخنا) قدمنا عبارة الزيلعى عند قوله وأقله ثلاثة .

مطلب يكون التعزير بالقتل

(قوله ويكون التعزير بالقتل) رأيت فى [الصارم المسلول] للحافظ ابن تيمية أن من أصول الحنفية أن ما لا قتل فيه عندهم مثل القتل بالمثقل والجماع فى غير القبل إذا تكرر فللإمام أن يقتل فاعله ، وكذلك له أن يزيد

مع امرأة لاتحل له ، ولو أكرهها فلها قتله ودمه هدر ، وكذا الغلام وهبانية (إن كان يعلم أنه لاينزجر بصياح وضرب بمادون السلاح وإلا) بأن علم أنه ينزجر بماذكر (لا) يكون بالقتل (وإن كانت المرأة مطاوعة قتلهما) كذا عزاه الزيلعي للهندواني . ثم قال (و) فى منية المفتى (لو كان مع امرأته وهو يزنى بها أو مع محرمه وهما مطاوعان قتلهما جميعا) اه وأقره فى الدرر : وقال فى البحر : ومفاده الفرق بين الأجنبية والزوجة والمحرم ، فمع الأجنبية لايحل القتل إلا بالشرط المذكور من عدم الانزجار المزبور ، وفى غيرها يحل (مطلقا) اه .

ورده فى النهر بما فى البزازية وغيرها من التسوية بين الأجنبية وغيرها ، ويدل عليه تنكير الهندوانى للمرأة ؛ نعم مافى المنية مطلق فيحمل على المقيد ليتفق كلامهم ، ولذا جزم فى الوهبانية بالشرط المذكور

على الحد المقدر إذا رأى المصلحة فى ذلك ، ويحملون ماجاء عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه من القتل فى مثل هذه الجرائم على أنه رأى المصلحة فى ذلك ويسمونه القتل سياسة :

وكان حاصله أن له أن يعزر بالقتل فى الجرائم التى تعظمت بالتكرار وشرع القتل فى جنسها ، ولهذا أفتى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبى صلى الله عليه وسلم من أهل الذمة وإن أسلم بعد أخذه وقالوا يقتل سياسة اه وسيأتى تمامه فى فصل الجزية إن شاء الله تعالى ، ومن ذلك ماسيذكره المصنف من أن للإمام قتل السارق سياسة أى إن تكرر منه ، وسيأتى أيضا قبيل كتاب الجهاد أن من تكرر الخنق منه فى المصر قتل به سياسة لسعيه بالفساد ، وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل ، وسيأتى أيضا فى باب الردة أن الساحر أو الزنديق الداعى إذا أخذ قبل توبته ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل ، ولو أخذ بعدها قبلت وأن الخناق لاتوبة له ، وتقدم كيفية تعزير اللوطى بالقتل (قوله مع امرأة) ظاهره أن المراد الخلوة بها وإن لم ير منه فعلا قبيحا كما يدل عليه مايأتى عن منية المفتى كما تعرفه فافهم (قوله فلها قتله) أى إن لم يمكنها التخلص منه بصياح أو ضرب وإلا لم تكن مكرهة فالشرط الآتى معتبر هنا أيضا كما هو ظاهر . ثم رأيته فى كراهية شرح الوهبانية ، ونصه : ولو استكره رجل امرأة لها قتله وكذا الغلام ، فإن قتله فدمه هدر إذا لم يستطع منعه إلا بالقتل اه فافهم (قوله إن كان يعلم) شرط للقتل الذى تضمنه قوله كمن وجد رجلا (قوله ومفاده الخ) توفيق بين العبارتين حيث اشترط فى الأولى العلم بأنه لاينزجر بغير القتل ولم يشترط فى الثانية ، فوفق بحمل الأولى على الأجنبية والثانية على غيرها وهذا بناء على أن المراد بقوله فى الأولى مع امرأة : أى يزنى بها ويأتى الكلام عليه (قوله مطلقا) زاده المصنف على عبارة المنية متابعة لشيخه صاحب البحر (قوله بما فى البزازية وغيرها) أى كالخانية ، ففيها : لو رأى رجلا يزنى بامرأته أو امرأة آخر وهو محصن فصاح به فلم يهرب ولم يمتنع عن الزنا حل له قتله ولا قصاص عليه اه ؛ (قوله فيحمل على المقيد) أى يحمل قول المنية قتلهما جميعا على ما إذا علم عدم الانزجار بصياح أو ضرب ؛

قلت : وقد ظهر لى فى التوفيق وجه آخر ، وهو أن الشرط المذكور إنما هو فيما إذا وجد رجلا مع امرأة لاتحل له قبل أن يزنى بها فهذا لايحل قتله إذا علم أنه ينزجر بغير القتل سواء كانت أجنبية عن الواجد أو زوجة له أو محرما منه . أما إذا وجده يزنى بها فله قتله مطلقا ، ولذا قيد فى المنية بقوله وهو يزنى ، وأطلق قوله قتلهما جميعا ، وعليه فقول الخانية الذى قدمناه آنفا فصاح به غير قيد ، ويدل عليه أيضا عبارة المجتبى الآتية ثم رأيت فى جنايات الحاوى الزاهدى مايؤيده أيضا ، حيث قال : رجل رأى رجلا مع امرأته يزنى بها أو يقبلها أو يضمها إلى نفسه وهى مطاوعة فقتله أو قتلهما لاضمان عليه ، ولا يحرم من ميراثها إن أثبته بالبينة أو بالإقرار ، ولو رأى رجلا مع امرأته فى مفازة خالية أو رآه مع محارمه هكذا ولم ير منه الزنا ودواعيه قال بعض المشايخ حل

مطلقا وهو الحق بلا شرط إحصان لأنه ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف .
وفى المجتبى : الأصل أن كل شخص رأى مسلما يزنى يحل له أن يقتله ، وإنما يمتنع خوفا من أن لايصدق أنه زنى (وعلى هذا) القياس (المكابر بالظلم وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة بأدنى شىء له قيمة) وجميع الكبائر والأعونة والسعاة يباح قتل الكل ويثاب قاتلهم انتهى . وأفتى الناصحى بوجوب قتل كل مؤذ .
وفى شرح الوهبانية : ويكون بالنفى عن البلد ، وبالهجوم على بيت المفسدين ، وبالإخراج من الدار ، وبهدمها ،

قتلهما . وقال بعضهم : لايحل حتى يرى منه العمل : أى الزنا ودواعيه ، ومثله فى خزانة الفتاوى اه .
وفى سرقة البزازية : لو رأى فى منزله رجلا معه أهله أوجاره يفجر وخاف إن أخذه أن يقهره فهو فى سعة من قتله ، ولو كانت مطاوعة له قتلهما فهذا صريح فى أن الفرق من حيث رؤية الزنا وعدمها تأمل (قوله مطلقا) أى بلا فرق بين أجنبية وغيرها (قوله وهو الحق) مفهومه أن مقابله باطل ، ولم يظهر من كلامه مايقتضى بطلانه بل مانقله بعده عن المجتبى يفيد صحته ، وقد علمت مما قررناه مايتفق به كلامهم ، وأما كون ذلك من الأمر بالمعروف لامن الحد فلا يقتضى اشتراط العلم بعدم الانزجار تأمل (قوله بلا شرط إحصان الخ) رد على مافى الخانية من قوله وهو محصن كما قدمناه ، وجزم به الطرسوسى . قال فى النهر : ورده ابن وهبان بأنه ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وهو حسن ، فإن هذا المنكر حيث تعين القتل طريقا فى إزالته فلا معنى لاشتراط الإحصان فيه ، ولذا أطلقه البزازى اه .
قلت : ويدل عليه أن الحد لايليه إلا الإمام (قوله وفى المجتبى الخ) عزاه بعضهم أيضا إلى جامع الفتاوى وحدود البزازية .
وحاصله أنه يحل ديانة لاقضاء فلا يصدقه القاضى إلا ببينة . والظاهر أنه يأتى هنا التفصيل المذكور فى السرقة ، وهو مافى البزازية وغيرها إن لم يكن لصاحب الدار بينة فإن لم يكن المقتول معروفا بالشر والسرقة قتل صاحب الدار قصاصا وإن كان متهما به فكذلك قياسا . وفى الاستحسان : تجب الدية فى ماله لورثة المقتول لأن دلالة الحال أورثت شبهة فى القصاص لافى المال (قوله وعلى هذا القياس الخ) هو من تتمة عبارة المجتبى ، وأقره فى البحر والنهر ولذا مشى عليه المصنف (قوله المكابر) أى الآخذ علانية بطريق الغلبة والقهر . قال فى المصباح : كابرته مكابرة غالبته مغالبة (قوله وقطاع الطريق) أى إذا كان مسافرا ورأى قاطع طريق له قتله وإن لم يقطع عليه بل على غيره ، لما فيه من تخليص الناس من شره وأذاه كما يفيده مابعده (قوله وجميع الكبائر) أى أهلها . والظاهر أن المراد بها المتعدى ضررها إلى الغير ، فيكون قوله والأعونة والسعاة عطف تفسير أو عطف خاص على عام ، فيشمل كل من كان من أهل الفساد كالساحر وقاطع الطريق واللص واللوطى والخناق ونحوهم ممن عم ضرره ولا ينزجر بغير القتل (قوله والأعونة) كأنه جمع معين أو عوان بمعناه ، والمراد به الساعى إلى الحكام بالإفساد ، فعطف السعاة عليه عطف تفسير .
وفى رسالة أحكام السياسة عن جمع النسفى : سئل شيخ الإسلام عن قتل الأعونة والظلمة والسعاة فى أيام الفترة : قال يباح قتلهم لأنهم ساعون فى الأرض بالفساد ، فقيل إنهم يمتنعون عن ذلك فى أيام الفترة ويختفون . قال : ذلك امتناع ضرورة — ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه — كما نشاهد . قال وسألنا الشيخ أبا شجاع عنه ، فقال : يباح قتله ويثاب قاتله اه (قوله وأفتى الناصحى الخ) لعل الوجوب بالنظر للإمام ونوابه والإباحة بالنظر لغيرهم ط (قوله ويكون بالنفى عن البلد) ومنه مامر من نفى الزانى البكر . ونفى عمر رضى الله عنه نصر بن حجاج لافتتان النساء بجماله . وفى النهر عن شرح البخارى للعينى أن من آذى الناس ينفى عن البلد (قوله وبالهجوم الخ)

وكسر دنان الخمر وإن ملحوها ، ولم ينقل إحراق بيته (ويقيمه كل مسلم حال مباشرة المعصية) قنية (و) أما (بعده) ف(ليس ذلك لغير الحاكم) والزوج والمولى كما سيجيء :

[فرع] من عليه التعزير لو قال لرجل أقم علىّ التعزير ففعله ثم رفع للحاكم فإنه يحتسب به قنية ، وأقره المصنف ، ومثله فى دعوى الخانية ، لكن فى الفتح مايجب حقا للعبد لايقيمه إلا الإمام لتوقفه على الدعوى إلا أن يحكما فيه فليحفظ .

من باب قعد : الدخول على غفلة بغتة قال فى أحكام السياسة وفى المنتقى : وإذا سمع فى داره صوت المزامير فأدخل عليه لأنه لما أسمع الصوت فقد أسقط حرمة داره . وفى حدود البزازية وغصب النهاية وجناية الدراية : ذكر الصدر الشهيد عن أصحابنا أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد فى داره ، حتى لابأس بالهجوم على بيت المفسدين. وهجم عمر رضى الله عنه على نائحة فى منزلها وضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له فيه ، فقال: لاحرمة لها بعد اشتغالها بالمحرم والتحقت بالإماء .

وروى أن الفقيه أبا بكر البلخى خرج إلى الرستاق وكانت النساء على شط النهر كاشفات الرؤوس والذراع ، فقيل له : كيف فعلت هذا؟ فقال : لاحرمة لهن ، إنما الشك فى إيمانهن كأنهن حربيات ، وهكذا فى جنايات مجمع الفتاوى :

وذكر فى كراهية البزازية عن الواقعات الحسامية : ويتقدم إبلاء العذر عن مظهر الفسق بداره ، فإن كف فيها وإلا حبسه الإمام أو أدبه أسواطا أو أزعجه من داره ، إذ الكل يصلح تعزيرا . وعن عمر رضى الله تعالى عنه أنه أحرق بيت الخمار : وعن الصفار الزاهدى الأمر بتخريب دار الفاسق (قوله وإن ملحوها) أى تكسر وإن قال أصحابها نلقى فيها ملحا لأجل تخليلها . وفى كراهية البزازية قال فى العيون : وفتاوى النسفى إنه يكسر دنان الخمر ، ولايضمن الكاسر ، ولايكتفى بإلقاء الملح ، وكذا من أراق خمور أهل الذمة وكسر دنانها وشق زقاقها إن كانوا أظهروها بين المسلمين لايضمن لأنهم لما أظهروها بيننا فقد أسقطوا حرمتها . وفى سير العيون: يضمن إلا إذا كان إماما يرى ذلك لأنه مختلف فيه ، وفى المسلم يضمن الزق :

مسلم فى منزله دنّ من خمر يريد اتخاذها خلا يضمن الدن عند الثانى ، وإن لم يرد الاتخاذ لايضمن عند الثانى : وذكر الخصاف أن الكسر لو بإذن الإمام لايضمن وإلا يضمن . وأصله فيمن كسر بربطا لمسلم ، والفتوى على قولهما فى عدم الضمان اهـ (قوله ولم ينقل إحراق بيته) تقدم نقله عن عمر فى بيت الخمار ، فالمراد أنه لم ينقل عن علمائنا ، لكن مامر عن الصفار يفيده (قوله ويقيمه الخ) أى التعزير الواجب حقا لله تعالى لأنه من باب إزالة المنكر ، والشارع ولى كل أحد ذلك حيث قال صلى الله عليه وسلم « من رأى منكم منكرا فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه » الحديث ، بخلاف الحدود لم يثبت توليتها إلا للولاة ، وبخلاف التعزير الذى يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فإنه لتوقفه على الدعوى لايقيمه إلا الحاكم إلا أن يحكما فيه اهـ فتح (قوله قنية) هذا العزو لقوله حال مباشرة المعصية ، وأما قوله يقيمه كل مسلم فقد صرح به فى الفتح وغيره (قوله وأما بعده الخ) تصريح بالمفهوم : قال فى القنية لأنه لو عزره حال كونه مشغولا بالفاحشة فله ذلك لأنه نهى عن المنكر وكل واحد مأمور به ، وبعد الفراغ ليس بنهى لأن النهى عما مضى لايتصور فيتمحض تعزيرا وذلك إلى الإمام اهـ : وذكر قبله أن للمحتسب أن يعزر المعزر إن عزره بعد الفراغ منها (قوله لكن فى الفتح الخ) وعليه فما فى القنية محمول على ما إذا كان حقا لله تعالى أو حقا لعبد وحكما فيه (قوله لايقيمه إلا الإمام) وقيل لصاحب الحق كالقصاص :

(ضرب غيره بغير حق وضربه المضروب) أيضا (يعزران) كما لو تشاتما بين يدى القاضى ولم يتكافئا كما مر (ويبدأ بإقامة التعزير بالبادئ) لأنه أظلم قنية . وفى مجمع الفتاوى : جاز المجازاة بمثله فى غير موجب حد للإذن به — ولمن انتصر بعد ظلمه فأولئك ما عليهم من سبيل والعفو أفضل فمن عفا وأصلح فأجره على الله — (وصح حبسه) ولو فى بيته بأن يمنعه من الخروج منه نهر (مع ضربه) إذا احتيج لزيادة تأديب (وضربه أشد) لأنه خفف عــددا فلا يخفف وصفا (ثم حد الزنا) لثبوته بالـكتاب (ثم حد الشرب) لثبوته بإجماع الصحابة لابالقياس لأنه لايجرى فى الحدود (ثم القذف) لضعف سببه باحتمال صدق القاذف .

(وعزر كل مرتكب منكر أو مؤذى مسلم بغير حق بقول أو فعل)

وجه الأول أن صاحب الحق قد يسرف فيه غلطا ، بخلاف القصاص لأنه مقدر كما فى البحر عن المجتبى (قوله ولم يتكافئا)عطف علىيعزران ، وفيه إشارة إلى الجواب عما يتوهم من إطلاق قول مجمع الفتاوى الآتى جاز المجازاة بمثله الخ . والجواب أن ذلك فيما تمحض حقا لهما وأمكن فيه التساوى ، كما لو قال له ياخبيث فقال بل أنت ، بخلاف الضرب فإنه يتفاوت ، وبخلاف التشاتم عند القاضى فإن فيه هتك مجلس الشرع كما مر فى الباب السابق ، وقدمنا تمامه (قوله جاز المجازاة بمثله) فيه إشارة إلى اشتراط إمكان التساوى وتمحض كونه حقا لهما كما قلنا إذ بدون ذلك لا مماثلة (قوله إذا احتيج لزيادة تأديب) وذلك بأن يرى أن أكثر الضرب فى التعزير وهو تسعة وثلاثون لاينزجر بها أو هو فى شك من انزجاره بها يضم إليه الحبس لأن الحبس صلح تعزيرا بانفراده حتى لو رأى أن لايضربه ويحبسه أياما عقوبة فعل فتح. قال ط :وصح القيد فى السفهاء والدعار وأهل الافساد حموى عن المفتاح (قوله وضربه أشد) أى أشد من ضرب حد الزنا. ويؤخذ منالتعليل أن هـذا فيما اذا عزر بما دون أكثره وإلا فتسعة وثلاثون من أشد الضرب فوق ثمانين حكما فضلا عن أربعين مع تنقيص واحد من الأشدية فيفوت المعنى الذى لأجله نقص كذا قاله الشيخ قاسم بن قطلوبغا شرنبلانية وإطلاق الأشدية شامل لقوته وجمعه فى عضو واحد فلا يفرق الضرب فيه وقد مر الـكلام فيه أول الباب ، وأشار إلى أنه يجرد من ثيابه كما فىغاية البيان ويخالفه مافى الخانية : يضرب التعزيرقائما بثيابه وينزع الفرو والحشو ولايمد فىالتعزير اه والظاهر الأول لتصريح المبسوط به بحر وتقدم معنى المد فى حد الزنا (قوله فلا يخفف وصفا) كى لايؤدى إلى فوات المقصود بحر أى الانزجار (قوله ثم حد الزنا) بالرفع لحذف المضاف وإقامة المضاف إليــه مقامه والأصل ثم ضرب حد الزنا ط (قوله لابالقياس) رد على صدر الشريعة كما نبه عليه ابن كمال فى هامش الإيضاح (قوله لضعف سببه) أى فسببه محتمل وسبب حد الشرب متيقن به وهو الشرب والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لامتيقن الثبوت لأنه بالبينة أو الإقرار وهما لايوجبان اليقين بحر وهو مأخوذ من الفتح تأمل (قوله وعزر كل مرتكب منكر الخ) هذا وهو الأصل فى وجوب التعزير كما فى البحر عن شرح الطحاوى .

مطلب التعزير قد يكون بدون معصية

وظاهره أن المراد حصر أسباب التعزير فيما ذكر مع أنه قد يكون بدون معصية كتعزير الصبى والمتهم كما يأتى وكنفى من خيف منه فتنة بجماله مثلا ، كما مر فى نفى عمر رضى الله تعالى عنه نصر بن حجاج .

وذكر فى البحر أن الحاصل وجوبه بإجماع الأمة لكل مرتكب معصية ليس فيها حد مقدر كنظر محرم ومس محرم و خلوة محرمة وأكل ربا ظاهر اه .

قلت : وهذه الكلية غير منعكسة لأنه قد يكون فى معصية فيها حد كزنا غير المحصن فإنه يجلد حدا وللإمام

إلا إذا كان الكذب ظاهرا كيا كلب بحر (ولو بغمز العين) أو إشارة اليد لأنه غيبة كما يأتى فى الحظر ، فمرتكبه مرتكب محرم ، وكل مرتكب معصية لاحدّ فيها ، فيها التعزير أشباه (فيعزر) بشتم ولده وقذفه و (بقذف مملوك) ولو أم ولده (وكذا بقذف كافر) وكل من ليس بمحصن (بزنا) ويبلغ به غايته ؛ كما لو أصاب من أجنبية محرما غير جماع ، أو أخذ السارق بعد جمعه للمتاع قبل إخراجه ، وفيما عداها لايبلغ غايته ،وبقذف: أى بشتم (مسلم) ما (بيافاسق إلا أن يكون معلوم الفسق) كمكاس مثلا أو علم القاضى بفسقه ، لأن الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل فتح (فإن أراد القاذف) إثباته بالبينة (مجردا) بلا بيان سببه

نفيه سياسة وتعزيرا كما مر فى بابه . وروى أحمد أن النجاشى الشاعر جىء به إلى على رضى الله تعالى عنه وقد شرب الخمر فى رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين ، لكن ذكر فى الفتح أنه ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره فى رمضان كما جاء فى رواية أخرى أنه قال له : ضربناك العشرين بجراءتك على الله وإفطارك فى رمضان اه فالتعزير فيه من جهة أخرى غير جهة الحد (قوله إلا إذا كان الكذب ظاهرا الخ) سيأتى الكلام فيه (قوله لأنه غيبة) ظاهره لزوم التعزير وإن لم يعلم صاحب الحق ، لكن مر عن الفتح أن مايجب حقا للعبد يتوقف على الدعوى (قوله وكل ماارتكب معصية) لعله ذكره مع إغناء ماقبله عنه ليفيد أن المراد بالمنكر ما لاحد فيه: قال فى الفتح: ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا ، ومن معه ركوة خمر ، والمفطر فى رمضان يعزر ويحبس ، وكذا المسلم يبيع الخمر ويأكل الربا . والمغنى ، والمخنث ، والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة ، ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد فى السجن إلى أن يظهر التوبة ، وكذا من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة اه (قوله فيعزر بشتم ولده) فيه كلام لصاحب البحر تقدم فى حد القذف (قوله وكل من ليس بمحصن) أى إحصان القذف ط .

وحاصله أن من لم يحد قاذفه لعدم إحصانه يعزر قاذفه ، فلا يلزم من سقوط الحد لعدم الإحصان سقوط التعزير (قوله ويبلغ به غايته) أى تسعة وثلاثون سوطا وهذا معطوف على قوله فيعزر ، ومقتضاه بلوغ الغاية فى شتم ولده وليس كذلك (قوله محرما غير جماع) الذى فى الفتح والبحر وغيرهما : كل محرم غير جماع . ومفاده أنه لايبلغ الغاية بمجرد لمس أو تقبيل ، وهو خلاف ما يفيده كلام الشارح (قوله وفيما عداها) أى ماعدا هذه المواضع الثلاث لايبلغ غاية التعزير ، واقتصر عليها تبعا للبحر . وزاد بعضهم غيرها : منها مافى الدرر ، قيل تارك الصلاة يضرب حتى يسيل منه الدم . وفى الحجة : لو ادعى الإمام أنه كان مجوسيا لايصدق إلا أنه يضرب ضربا شديدا اه أى ولا يلزم القوم إعادة الصلاة . وفى الخانية : من وطىء غلاما يعزر أشد التعزير . وفى التاترخانية : إن المرأة إذا ارتدت تجبر على الإسلام وتضرب خمسة وسبعين اه أى على قول أبى يوسف أن أكثره ذلك ، أما على قولهما فأكثره تسعة وثلاثون (قوله أى بشتم) إطلاق القذف على الشتم مجاز شرعى حقيقة لغوية بحر (قوله مسلم ما) أى سواء كان عدلا أو مستورا ، وسيأتى أن الذمى كالمسلم (قوله أو علم القاضى بفسقه) هذا لم يذكره فى الفتح ، بل ذكره فى النهر عن الخانية ، ولعله مبنى على القول المرجوح من أن للقاضى أن يقضى بعلمه تأمل (قوله بلا بيان سببه) مثل أنه فاسق ؛ وهذا تفسير لقوله مجردا . واحترز به عما لو بين سببا شرعيا كتقبيل أجنبية كما ذكره بعد .

مطلب فى الجرح المجرد

قلت : وهذا مخالف لما ذكروه فى الشهادات من أن الشهادة لاتقبل على جرح مجرد عن إثبات حق لله تعالى أو للعبد ، مثل أن يشهدوا على شهود المدعى بأنهم فسقة أو زناة أو أكلة الربا أو شربة الخمر أو على إقرارهم

(لاتسمع : ولو قال يازانى وأراد إثباته تسمع) لثبوت الحد بخلاف الأول ،

أنهم شهدوا بزور ، وتقبل لو شهدوا على الجرح المركب مثل إنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا منى كذا ولم يتقادم العهد ، أو إنى صالحتهم بكذا من المال على أن لايشهدوا علىّ بالباطل وأطلب رد المال منهم ففى هذا إثبات حق لله تعالى وهو الحد ، أو إثبات حق العبد وهو المال ، بخلاف ماقبله لأنه ليس فيه إثبات فعل خاص موجب للحد ، بل غايته أن عادتهم فعل الزنا أو نحوه فهو جرح مجرد . وقد قال فى القنية هنا : إن الشهادة على الجرح المجرد لاتصح بل تصح إذا ثبت فسقه فى ضمن ماتصح فيه الخصومة كجرح الشهود اه . فهذا يفيد أن مابين سببه كتقبيل أجنبية مثلا جرح مجرد لأنه ليس فى ضمن ماتصح فيه الخصومة ، ولهذا أورد المصنف وغيره هناك أن إقرارهم بشهادة الزور موجب للتعزير وهو من حقوقه تعالى . وأجاب بأن الظاهر بأن مرادهم بحقه تعالى الحد لا التعزير لأنه يسقط بالتوبة ، فليس فى وسع القاضى إلزامه به ، بخلاف الحد فإنه لايسقط بها .

قلت : والتحقيق أنه يفرق بين البابين بأن المراد بالمجرد هنا مالم يبين سببه وغير المجرد مابين له سبب موجب لحق الله تعالى من حد أو تعزير أو لحق العبد ، والمراد بالمجرد فى باب الشهادة مالم يوجب حدا أو حق عبد ، وغير المجرد ماثبت فى ضمن ماتصح فيه الخصومة من حق لله تعالى أو للعبد . ووجه الفرق أن المقصود هنا إسقاط التعزير عن القاذف بإثبات ما يوجب صدقه لا إثبات فسق المقذوف ابتداء فلذا اكتفى ببيان السبب الموجب لفسقه ، ولم يكتف بالمجرد عنه لاحتمال ظن الشاهدين ماليس بموجب للفسق مفسقا . وأما فى باب الشهادة فإن المقصود إثبات فسق الشاهد ابتداء ، لأن القاضى يبحث أولا عن عدالته ليقبل شهادته ، فإذا برهن الخصم على جرحه كان المقصود إثبات فسقه لتسقط عدالته ، لأن الجرح مقدم على التعديل وإثبات الفسق مقصودا إظهار الفاحشة . وقد قالوا : إنه مفسق لشهود الجرح فلاتقبل شهادتهم إلا إذا كان فى ضمن إثبات حق تصح فيه الخصومة ، لأنه لم يصر مقصودا بإظهار الفاحشة بل يثبت ضمنا ، ولا يدخل فى الحق هنا التعزير لما مر عن المصنف .

فالحاصل أن مايوجب التعزير جرح مجرد فى باب الشهادة لاهنا فيقبل هنا بعد بيان سببه لاهناك لما علمت ويدل على ما قلنا ماصرحوا به هناك من أن الجرح المجرد إنما لايقبل لو كان جهرا لأنه إظهار للفاحشة ، أما لو كان سرا فإنه يقبل ، وكذا ماصرحوا به أيضا من أنه لايقبل إذا كان بعد التعديل كما اعتمده المصنف ومشى عليه هناك ، فلو كان قبله قبل . والظاهر أن علة قبوله قبله أنه يكون مخبرا بفسق الشهود لئلا يقبل القاضى شهادتهم ، ولذا يقبل الجرح سرا من واحد ، ولو كان شهادة لم يقبل ، ولهذا لو عدلوا بعد الجرح تثبت عدالتهم وتقبل شهادتهم ، ولو كان الجرح سرا شهادة مقبولة لسقطوا عن حيز الشهادة ولم يبق لهم مجال التعديل ؛ فثبت أنه إخبار لا شهادة . ونظيره سؤال القاضى المزكين عن الشهود فصار الحاصل أن الجرح المجرد لايقبل فى باب الشهادة إذا كان على وجه الشهادة جهرا بعد التعديل وإلا قبل . وأما فى باب التعزير فإنه يقبل بعد بيان سببه ويخرج بذلك عن كونه مجردا .

[تنبيه] سيأتى أن التعزير يثبت بشهادة المدعى مع آخر وبشهادة عدل إذا كان فى حقوقه تعالى لأنه من باب الإخبار . وظاهر كلامه هنا أنه لابد من شاهدين غيره ؛ لأن تعزير القاذف ثبت حقا للمقذوف ، فإذا ادعى القاذف فسق المقذوف لاتكفى شهادته لنفسه فلابد من إقامة البينة على صدق القاذف ليسقط عنه التعزير الثابت حقا للمقذوف بخلاف ماكان حقا لله تعالى ؛ هذا ماظهر لى فى هذا المقام والسلام (قوله وأراد إثباته) أى لإسقاط الحد عنه (قوله لثبوت الحد) أى فكان الجرح ثابتا ضمنا لا قصدا فلم يكن مجردا ؛ لكن المناسب التعليل ببيان السبب ؛ ويؤيد مامر قبل هذا الباب عن الملتقط من أنه لو أقام أربعة فساقا يدرأ الحد عن القاذف والمقذوف والشهود ،

حتى لو بينوا فسقه بما فيه حق الله تعالى أو للعبد قبلت وكذا فى جرح الشاهد . وينبغى أن يسأل القاضى عن سبب فسقه ، فإن بين سبباً شرعيا كتقبيل أجنبية وعناقها وخلوته بها طلب بينة ليعزره ؛ ولو قال هو تركواجب سأل القاضى المشتوم عما يجب عليه تعلمه من الفرائض ، فإن لم يعرفها ثبت فسقه ؛ لما فى المجتبى : من ترك الاشتغال بالفقه لاتقبل شهادته ، والمراد مايجب عليه تعلمه منه نهر .

(وعزر) الشاتم (بياكافر) وهل يكفر إن اعتقد المسلم كافرا ؟ نعم وإلا لا ، به يفتى شرح وهبانية ؛ ولو أجابه لبيك كفر خلاصة . وفى التاترخانية ، قيل لايعزر مالم يقل ياكافر بالله لأنه كافر بالطاغوت فيكون محتملا (ياخبيث ياسارق يافاجر يامخنث ياخائن) ياسفيه يابليد ياأحمق يامباحى ياعوانى (يالوطى) وقيل يسأل ، فإن عنى أنه من قوم لوط عليه الصلاة والسلام لايعزر ، وإن أراد به أنه يعمل عملهم عزر عنده وحدّ عندهما . والصحيح تعزيره لو فى غضب أو هزل فتح (يازنديق) يامنافق يارافضى

فعلم أن ثبوت الحد غير لازم ، وهذا مؤيد لما حققناه آنفا من أن المراد بالمجرد هنا مالم يبين سببه لامالم يثبت ضمنا (قوله حتى لو بينوا الخ) تفريع على قوله بلا بيان سببه (قوله وكذا فى جرح الشاهد) قد علمت الفرق بين البابين (قوله وينبغى الخ) قاله صاحب البحر (قوله ليعزره) أى يعزر المقذوف ويسقط التعزير عن القاذف (قوله سأل القاضى المشتوم) أى ولايطلب من الشاتم البينة فى مثل هذا كما فى البحر (قوله من الفرائض) أراد بها مايشمل الواجبات كما ذكره بعد (قوله ثبت فسقه) وينبغى أن يلزمه التعزير ، لمامر من أنه يعزر كل مرتكب معصية لاحد فيها (قوله بياكافر) لم يقيد بكون المشتوم بذلك مسلما لما يذكره بعد (قوله إن اعتقد المسلم كافرا نعم) أى يكفر إن اعتقده كافرا لابسبب مكفر . قال فى النهر : وفى الذخيرة المختار للفتوى أنه إن أراد الشتم ولايعتقده كفرا لايكفر وإن اعتقده كفرا فخاطبه بهذا بناء على اعتقاده أنه كافر يكفر لأنه لما اعتقد المسلم كافرا فقد اعتقد دين الإسلام كفرا اه (قوله كفر) أى لأن إجابته إقرار بأنه كافر فيؤاخذ به لرضاه بالكفر ظاهرا إلا إذا كان مكرها ؛ وأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن كان متأولا بأنه كافر بالطاغوت مثلا فلا يكفر (قوله فيكون محتملا) قال فى الشرنبلالية ويرجح خلافه حالة السب ، فلذا أطلقه فى الهداية وغيرها (قوله يافاجر) يستعمل فى عرف الشرع بمعنى الكافر والزانى ، وفى عرفنا اليوم بمعنى كثير الخصام والمنازعة . قال فى البحر : وأفاد بعطفه يافاجر على يافاسق التغاير بينهما ، ولذا قال فى القنية : لو أقام مدعى الشتم شاهدين شهد أحدهما أنه قال له يافاسق والآخر على أنه قال له يافاجر لاتقبل هذه الشهادة اه (قوله يامخنث) بفتح النون ، أما بكسرها فمرادف للوطى نهر . وقيل المخنث من يؤتى كالمرأة وعليه اقتصر فى الدر المنتقى . ونقل بعض المحشين عن الإشارات أن كسر النون أفصح والفتح أشهر ، وهو من خلقه خلق النساء فى حركاته وسكناته وهيئاته وكلامه ، فإن كان خلقة فلا ذم فيه ، ومن يتكلفه فهو المذموم (قوله ياخائن) هو الذى يخون فيما فى يده من الأمانات أبو السعود عن الحموى (قوله ياسفيه) هو المبذر المسرف وفى عرفنا اليوم بمعنى بذىّ اللسان (قوله يابليد) إنما يعذر لأنه يستعمل بمعنى الخبيث الفاجر نهر عن السراج .

قلت : وهو فى العرف اليوم بمعنى قليل الفهم فينبغى أن لايعزر به : ثم رأيت فى الفتح قال : وأنا أظن أنه يشبه يا أبله ولم يعزروا به (قوله ياأحمق) بمعنى ناقص العقل سيئ الأخلاق (قوله يامباحى) هو من يعتقد أن الأشياء كلها مباحة (قوله ياعوانى) هو الساعى إلى الحاكم بالناس ظلما (قوله أو هزل) عبارة الفتح قلت : أو هزل من تعود بالهزل بالقبيح اه (قوله يازنديق يامنافق) الأول هو من لايتدين بدين ؛ والثانى هو من يبطن الكفر ويظهر الإسلام كما سيذكره فى الردة عن الفتح (قوله يارافضى) قال فى البحر : ولا يخفى أن قوله يارافضى

يامبتدعي يايهودي يانصراني يابن النصراني نهر (يالص إلا أن يكون لصاً) لصدق القائل كما مر ، والنداء ليس بقيد ، إذ الإخبار كأنت أو فلان فاسق ونحوه كذلك مالم يخرج مخرج الدعوى قنية (ياديوث) هو من لايغار على امرأته أو محرمه (ياقرطبان) مرادف ديوث بمعنى معرص (ياشارب الخمر ، ياآكل الربا ، يابن القحبة) فيه إيماء إلى أنه إذا شتم أصله عزر بطلب الولد كياابن الفاسق يا ابن الكافر ، وأنه يعزر بقوله ياقحبة .

لايقال : القحبة عرفا أفحش من الزانية لكونها تجاهر به بالأجرة . لأنا نقول : لذلك المعنى لم يحد ، فإن

بمنزلة ياكافر أو يامبتدع فيعزر ، لأن الرافضي كافر إن كان يسب الشيخين مبتدع إن فضل عليا عليهما من غير سب كما فى الخلاصة اهـ .

قلت : وفى كفر الرافضي بمجرد السب كلام سنذكره إن شاء الله تعالى فى باب المرتد ؛ نعم لو كان يقذف السيدة عائشة رضي الله عنها فلا شك فى كفره (قوله يامبتدعى) أهل البدعة : كل من قال قولا خالف فيه اعتقاد أهل السنة والجماعة (قوله يالص) بكسر اللام وتضم در منتقى (قوله إلا أن يكون لصا) الأولى أن يقول إلا أن يكون كذلك لئلا يوهم اختصاصه باللص إذ لافرق بين الكل كما بحثه فى اليعقوبية وقال إنه لانصريح به اهـ .

قلت : ويدل له قوله فى الفتح : وقيد الناطفى بما إذا قاله لرجل صالح ، أما لو قال لفاسق أو للص يالص أو لفاجر يافاجر لاشيء عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا إنه آذاه بما ألحق به من الشين ؛ فإن ذلك إنما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه ؛ أما من علم فان الشين قد ألحقه بنفسه قبل قول القائل اهـ كلام الفتح .

قلت : ويظهر من هذا وكذا من قول المصنف السابق إلا أن يكون معلوم الفسق أن المراد المجاهر المشتهر بذلك فلا يعزر شاتمه بذلك كما لو اغتابه فيه بخلاف غيره لأن فيه إيذاءه بما لم يعلم اتصافه به ، وتقدم أنه يعزر بالغيبة وهى لاتكون إلا بوصفه بما فيه وإلا كانت بهتانا ؛ فإذا عزر بوصفه بما فيه مما لم يتجاهر به ففى شتمه به فى وجهه بالأولى لأنه أشد فى الإيذاء والإهانة هذا ماظهر لى فتأمله (قوله كما مر) أى عند قوله يافاسق (قوله مالم يخرج مخرج الدعوى) قيد للزوم التعزير بالإخبار عن هذه الأوصاف يعنى أنه إذا ادعى عند الحاكم أن فلانا فعل كذا مما هو من حقوق الله تعالى فإن المدعى لايعزر إذا لم يكن على وجه السب والانتقاص ، بل يعزر المدعى عليه لما سيذكره الشارح عن كفالة النهر أن كل تعزير لله تعالى يكفى فيه خبر العدل ؛ وكذا لو ادعى عليه سرقة أو مايوجب كفرا وعجز عن إثباته ، بخلاف دعوى الزنا كما يأتى ، والفرق وجود النص على حده للقذف إذا لم يأت بأربعة من الشهداء (قوله ياديوث) بتثليث الدال ط ، ومثله القواد فى عرف مصر والشام فتح (قوله ياقرطبان) معرب قلتبان درر ، ومثله ياكشخان وهو الحق ، خلافا لما فى الكنز من أنه لاتعزير فيه كما فى الفتح ، وهو بالخاء المعجمة كما فى القاموس خلافا لما فى البحر والنهر من أنه بالمهملة (قوله مرادف ديوث) قال الزيلعى : هو الذى يرى مع امرأته أو محرمه رجلا فيدعه خاليا بها . وقيل هو المتسبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح : وقيل هو الذى يبعث امرأته مع غلام بالغ ، أو مع مزارعه إلى الضيعة ، أو يأذن لهما بالدخول عليها فى غيبته (قوله بمعنى معرص) فى بعض النسخ معرس بالسين . قال فى النهر بعد مامر عن الزيلعى : وعلى كل تقدير فهو المعنى بالمعرس بكسر الراء والسين المهملة ، والعوام يلحنون فيه فيفتحون الراء ويأتون بالصاد قاله العينى (قوله عزر بطلب الولد) لأنه هو المقصود بالشتم ، والظاهر أن له الطلب وإن كان أصله حيا ، بخلاف قوله يابن الزانية وأنه يعزر أيضا بطلب الأصل تأمل (قوله وأنه يعزر الخ) عطف على قوله أنه إذا شتم : أى أن فى كلام المصنف إيماء أيضا إلى أن موجبه التعزير لا الحد (قوله لا يقال الخ) حاصله أنه كان ينبغى أن يوجب الحد لا التعزير

الزنا بالأجرة يسقط الحد عنده خلافا لهما ابن كمال ، لكن صرح فى المضمرات بوجوب الحد فيه قال المصنف وهو ظاهر (ياابن الفاجرة ، أنت مأوى اللصوص ، أنت مأوى الزوانى ، يامن يلعب بالصبيان ، ياحرام زاده) معناه المتولد من الوطء الحرام فيعم حالة الحيض .

لايقال : فى العرف لايراد ذلك بل يراد ولد الزنا . لأنا نقول : كثيرا مايراد به الخداع اللئيم فلذا لايحد :

[فرع] أقر على نفسه بالدياثة أو عرف بها لايقتل مالم يستحل ويبالغ فى تعزيره أو يلاعن جواهر الفتاوى . وفيها : فاسق تاب وقال إن رجعت إلى ذلك فاشهدوا عليه أنه رافضى فرجع لايكون رافضياً بل عاصيا ؛ ولو قال : إن رجعت فهو كافر فرجع تلزمه كفارة يمين :

(لا) يعزر (بياحمار ياخنزير ، ياكلب، ياتيس، ياقرد) ياثور يابقر، ياحية لظهور كذبه . واستحسن فى الهداية

(قوله يسقط الحد) أى حد الزنا لشبهة العقد ، فلم يكن قاذفا بالزنا الخالى عن الملك وشبهته ، فلا يحد القاذف أيضا لكنه يعزر . وكتب ابن كمال بهامش شرحه هنا أن النسبة إلى فعل لايجب الحد بذلك الفعل لايوجب الحد اهـ فافهم (قوله وهو ظاهر) لعل وجهه أنه صار حقيقة عرفية بمعنى الزانية فهو قذف بصريح الزنا ، ولأن القحبة لاتلتزم عقد الإجارة الذى هو علة سقوط الحد عند الإمام (قوله يامن يلعب بالصبيان) أى معهم نهر . والظاهر أن المراد به فى العرف من يفعل معهم القبيح بقرينة الشتم والغضب (قوله فيعم حالة الحيض) أى فلم يكن قذفا بصريح الزنا ، فلا يوجب الحد بل التعزير (قوله ويبالغ فى تعزيره) أى فيما إذا عرف بالدياثة ، وقوله أو يلاعن أى فيما إذا أقر بها ، ففيه لف ونشر مشوش كما تفيده عبارة المنح عن جواهر الفتاوى لأنه إذا لاعن لايحتاج إلى التعزير وإذا أكذب نفسه يلزمه الحد كما فى الجواهر أيضا . واعترض بأن الديوث من لايغار على أهله أو محرمه ، فهو ليس بصريح الزنا فكيف يجب اللعان بإقراره بالدياثة .

قلت : الظاهر أن المراد إقراره بمعناها لا بلفظها أى بأن قال كنت أدخل الرجال على زوجتى يزنون بها (قوله تلزمه كفارة يمين) لأنه علق رجوعه على الكفر فينعقد يمينا كما مر فى بابه ، وأشار إلى أنه لا يصير كافرا برجوعه ، لكن هذا إذا علم أنه برجوعه لايصير كافرا وإلا كفر لرضاه بالكفر كما مر فى محله ، وإلى أنه لايلزمه كفارة فى المسألة الأولى لأنه ليس كل رافضى كافرا كما مر ، فلم يكن تعليقا على الكفر (قوله لظهور كذبه) أى يقينا كما فى الهداية :

وفى البحر عن الحاوى القدسى : الأصل أن كل سب عاد شينه إلى الساب فإنه لايعزر ، فإن عاد الشين فيه إلى المسبوب عزر اهـ وإنما يعود شينه إلى الساب لظهور كذبه (قوله واستحسن فى الهداية) وكذا فى الكافى كما فى التاترخانية . ونقل القهستانى تصحيحه عن الفتاوى . وعبارة الهداية : وقيل فى عرفنا يعزر لأنه يعد شينا . وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لأنه يلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان من العامة لايعزر ، وهذا أحسن اهـ :

والحاصل أن ظاهر الرواية أنه لايعزر مطلقا ، ومختار الهندوانى أنه يعزر مطلقا ، والتفصيل المذكور كما فى الفتح وغيره . قال السيد أبو السعود : وقوى شيخنا مااختاره الهندوانى بأنه الموافق للضابط : كل من ارتكب منكرا أو آذى مسلما بغير حق بقول أو فعل أو إشارة يلزمه التعزير .

قلت : ويؤيده أن هذه الألفاظ لايقصد بها حقيقة اللفظ حتى يقال بظهور كذبه ولولا النظر إلى مافيها من الأذى لما قيل بالتعزير بها فى حق الأشراف وإلا فظهور الكذب فيها موجود فى حق الكل فينبغى أن يلحق بهم من كان

التعزير لو المخاطب من الأشراف وتبعه الزيلعي وغيره (ياحجام يا أبله يابن الحجام وأبوه ليس كذلك) وأوجب الزيلعي التعزير في يابن الحجام (يامؤاجر) لأنه عرفا بمعنى المؤجر (يابغا) هو المأبون بالفارسية . وفي الملتقط في عرفنا يعزر فيهما وفي ولد الحرام نهر . والضابط أنه متى نسبه إلى فعل اختياري محرم شرعاً ويعد عارا

في معناهم ممن يحصل له بذلك الأذى والوحشة ؛ بل كثير من أصحاب الأنفس الأبية يحصل له من الوحشة أكثر من الفقهاء والعلوية . وقد يجاب بأن المراد بالأشراف من كان كريم النفس حسن الطبع وذكر الفقهاء والعلوية لأن الغالب فيهم ذلك ، فمن كان بهذه الصفة يلحقه الشين بهذه الألفاظ المراد لازمها من نحو البلادة وخبث الطباع وإلا فلا لأنه هو الذي ألحق الشين بنفسه فلايعتبر لحوق الوحشة به ، كما لو قيل لفاسق يافاسق فيرجع إلى ما استحسنه في الهداية وغيرها . ثم رأيت الشارح في شرح الملتقى قال : ولعل المراد بالعلوي كل متق وإلا فالتخصيص غير ظاهر بل قال الفقيه أبو جعفر إنه في الأخسة أما في الأشراف فالتعزير اه فافهم .

[تنبيه] ذكر في شرحه على الملتقى أيضا أنه لو على وجه المزاح يعزر فلو بطريق الحقارة كفر لأن إهانة أهل العلم كفر على المختار فتاوى بديعية لكنه يشكل بما في الخلاصة أن سب الختنين ليس بكفر اه ؛ والمراد بالختنين عثمان وعلي رضي الله تعالى عنهما (قوله يا أبله) بمعنى الغافل (قوله وأبوه ليس كذلك) أي ليس بحجام ؛ وكذا لاتعزير لو كان كذلك بالأولى (قوله وأوجب الزيلعي الخ) كأنه لعدم ظهور الكذب في يابن الحجام لموت أبيه فالسامعون لايعلمون كذبه فلحقه الشين بخلاف قوله ياحجام لأنهم يشاهدون صنعته بحر . ودفعه في النهر بأن التفرقة تحكم لأن الحكم بتعزيره غير مقيد بموت أبيه اه .

قلت : والذي رأيته في الزيلعي هكذا : ومن الألفاظ التي لاتوجب التعزير قوله يارستاق ويابن الأسود ويابن الحجام وهو ليس كذلك اه . فقوله وهو ليس كذلك : أي ليس بهذه الصفة فليس المراد نفي الحكم المذكور كما فهمه الشارح وغيره فافهم (قوله لأنه عرفا بمعنى المؤجر) قال منلا خسرو : المؤاجر يستعمل فيمن يؤجر أهله للزنا لكنه ليس معناه الحقيقي المتعارف بل بمعنى المؤجر (قوله يابغا) هو بالباء الموحدة والغين المعجمة المشددة ويقال باغا وكأنه انتزع من البغاء بحر عن المغرب (قوله هو المأبون) أي الذي لايقدر على ترك أن يؤتى في دبره لدودة ونحوها بحر .

قلت : لكن قال المصنف في شرحه تبعا للدرر : إن البغا من شتم العوام يتفوهون به ولا يعرفون مايقولون اه وهذا هو المناسب لما مشى عليه تبعا للمتون ، من أنه لاتعزير فيه . أما على تفسيره بالمأبون فلا ، ولذا قال في البحر بعد ما نقل عن المغرب إنه المأبون . وينبغي أن يجب التعزير فيه اتفاقا لأنه ألحق الشين به لعدم ظهور الكذب فيه ، ثم استشهد لذلك بما صرح به في الظهيرية من وجوب التعزير في يامعفوج : وهو المأتي في الدبر معللا بأنه ألحق الشين به ، بل البغا أقوى لأن الأبنة عيب شديد .

قلت : وحاصله أن المأبون هو الذي يطلب أن يؤتى بخلاف المعفوج وهو بالعين المهملة والفاء والجيم ، وفسره في التاترخانية بالمضروب في الدبر . وفي القاموس : عفج يعفج ضرب ، وجاريته جامعها (قوله يعزر فيهما) أي في يامؤاجر ويابغا بناء على أن عرفهم استعمال مؤاجر فيمن يؤاجر أهله للزنا وبغا في المأبون ، وهذا مؤيد لما بحثه في البحر .

قلت : ولا يستعمل في عرفنا هذان اللفظان في الشتم ، فينبغي عدم التعزير فيهما كما عليه المتون (قوله وفي ولد الحرام) هذا ذكره في النهر بحثا ، حيث قال : وينبغي أن يعزر في ولد الحرام ، بل أولى من حرام زاده ، ولم يذكر في النهر عبارة الملتقط ، ففي كلام الشارح إيهام (قوله والضابط الخ) قال ابن كمال : فخرج بالقيد

عرفا يعزر وإلا لا ابن كمال (ياضحكة) بسكون الحاء : من يضحك عليه الناس ، أما بفتحها : فهو من يضحك على الناس ، وكذا (ياسخرة) واختار فى الغاية التعزير فيهما وفى ياساحر يامقامر . وفى الملتقى : واستحسنوا التعزير لو المقول له فقيها أو علوياً .

(ادعى سرقة) على شخص (وعجز عن إثباتها لايعزر ، كما لو ادعى على آخر بدعوى توجب تكفيره وعجز) المدعى (عن إثبات ماادعاه) فإنه لاشىء عليه إذا صدر الكلام على وجه الدعوى عندحاكم شرعى . أما إذاصدر على وجه السب أو الانتقاص فإنه يعزر فتاوى قارئ الهداية (بخلاف دعوى الزنا) فإنه إذا لم يثبت يحد لما مر (وهو) أى التعزير (حق العبد) غالب فيه (فيجوز فيه الإبراء والعفو)

الأول النسبة إلى الأمور الخلقية ، فلا يعزر فى ياحمار ونحوه ، فإن معناه الحقيقى غير مراد ، بل معناه المجازى كالبليد ، وهو أمر خلقى ؛ وبالقيد الثانى النسبة إلى ما لايحرم فى الشرع ، فلا يعزر فى ياحجام ونحوه مما يعد عارا فى العرف ، ولايحرم فى الشرع ؛ وبالقيد الثالث إلى مالا يعد عارا فى العرف ، فلا يعزر فى يالاعب النرد ونحوه مما يحرم فى الشرع اهـ .

قلت : وهذا الضابط مبنى على ظاهر الرواية ، وقد علمت تفصيل الهداية (قوله بسكون الحاء) أى مع ضم أوله فى الموضعين (قوله وفى ياساحر) رأيته فى البحر بالخاء المعجمة تأمل (قوله يامقامر) من قامره مقامرة وقمارا فقمره : إذا راهنه فغلبه كما فى القاموس (قوله وفى الملتقى الخ) هذا بمعنى مامر عن الهداية والزيلعى ، لكنه فى الملتقى ذكره بعد جميع مامر من الألفاظ . وعبارة الهداية والزيلعى توهم أن هذا التفصيل فى نحو حمار وخنزير مما يتيقن فيه بكذب القائل فأعاده الشارح آخر الدفع هذا الإيهام فافهم (قوله ادعى سرقة) ذكر فى البحر هذه المسألة عن القنية ، وذكر الثانية عن فتاوى قارئ الهداية ، وقوله بخلاف دعوى الزنا من كلام القنية ، وأشار الشارح إلى المسألتين بقوله فيما تقدم مالم يخرج مخرج الدعوى ، وقدمنا أنه دخل فى ذلك دعوى ما يوجب التعزير حقا لله تعالى (قوله لما مر) أى قبيل هذا الباب من أنه مندوب للدرء : أى مأمور بالستر ، فإذا لم يقدر على إثباته كان مخالفا للأمر . وذكرنا الفرق فيما تقدم بورود النص على جلده إذا لم يأت بأربعة شهداء : وأما مافى البحر عن القنية من الفرق بأن دعوى الزنا لايمكن إثباتها إلا بنسبته إلى الزنا ، بخلاف دعوى السرقة فإن المقصود منها إثبات المال ويمكنه إثباته بدون نسبته إلى السرقة فلم يكن قاصدا نسبته إلى السرقة ، ففيه نظر لاقتضائه عكس الحكم(١) المذكور فيهما : ثم رأيت الخير الرملى نبه على ذلك أيضا كما أوضحته فيما علقته على البحر فافهم (قوله وهو أى التعزير الخ) لما كان ظاهر كلام المصنف كالزيلعى وقاضيخان أن كل تعزير حق العبد مع أنه قد يكون حق الله تعالى كما يأتى زاد الشارح قوله غالب فيه تبعا للدرر وشرح المصنف ، فصار قوله حق العبد مبتدأ ، وقوله غالب فيه خبره والجملة خبر قوله وهو ، والمراد كما أفاده ح أن أفراده التى هى حق العبد أكثر من أفراده التى هى حق الله ، وليس المراد أن الحقين اجتمعا فيه وحق العبد غالب كما قيل بعكسه فى حد القذف اهـ .

قلت : هذا وإن دفع الإيراد المار لكن المتبادر خلافه ، وهو أنه اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب فيه عكس حد القذف ، وقد دفع الشارح الإيراد بقوله بعده ويكون أيضا حقا لله تعالى . فعلم أن المراد بالأول ماكان حقا للعبد وأن فيه حق الله تعالى أيضا ولكن حق العبد غالب فيه على عكس حد القذف .

---

(١) (قوله لاقتضائه عكس الحكم) لأن المال حيث أمكن إثباته بدون نسبته إلى السرقة يصير بدعواها ظاهرا قاصدا نسبته إليها ، وإلا لعدل عنها إلى دعوى المال : بخلاف دعوى الزنا لأنه لا يمكن إثباتها إلا بنسبة الزنا إليه فلم يكن .

والتكفيل زيلعى (واليمين) ويحلفه بالله ماله عليك هذا الحق الذى يدعى لا بالله ماقلت خلاصة (والشهادة على الشهادة وشهادة رجل وامرأتين) كما فى حقوق العباد ويكون أيضاً حقا لله تعالى فلا عفو فيه إلا إذا علم الإمام انزجار الفاعل ولايمين ؛

وبيان ذلك أن جميع مامر من ألفاظ القذف والشتم الموجبة للتعزير منهى عنها شرعا . قال تعالى — ولا تنابزوا بالألقاب — فكان فيها حق الله تعالى وحق العبد وغلب حق العبد لحاجته ، ولذا لو عفا سقط التعزير ؛ بخلاف حد القذف فإنه بالعكس كما مر ، وربما تمحض حق العبد كما إذا شتم الصبى رجلا فإنه غير مكلف بحق الله تعالى هذا ماظهر لى فى تحقيق هذا المحل فافهم :

مطلب فيما لو شتم رجلا بألفاظ متعددة

[تنبيه] ذكر ابن المصنف فى حواشيه على الأشباه أنه يؤخذ من كونه حق عبد جواب حادثة الفتوى : هى أن رجلا شتم آخر بألفاظ متعددة من ألفاظ الشتم الموجب للتعزير ، وهو أنه يعزر لكل واحد منها لأن حقوق العباد لاتداخل فيها ، بخلاف الحدود ولم أر من صرح به ، لكن كلامهم يفيده ، نعم التعزير الذى هو حق الله تعالى ينبغى القول فيه بالتداخل اه ؛ وأصل البحث لوالده المصنف ، وجزم به الشارح كما مر قبيل هذا الباب .

قلت : ومقتضى هذا تعدده أيضا لو شتم جماعة بلفظ واحد مثل أنتم فسقة أو بألفاظ ، بخلاف حد القذف كما مر هناك (قوله والتكفيل) أى أخذ كفيل بنفس الشاتم ثلاثة أيام إذا قال المشتوم لى عليه بينة حاضرة كما فى كافى الحاكم (قوله زيلعى) تمام عبارة الزيلعى وشرع فى حق الصبيان اه وسيأتى متنا (قوله واليمين) يعنى إذا أنكر أنه سبه يحلف ويقضى عليه بالنكول فتح (قوله لا بالله ماقلت) أى لايحلفه بالله ماقلت له يافاسق ، لاحتمال أنه قال ذلك ورد عليه المشتوم بمثله أو عفى عنه أو أنه فاسق فى نفس الأمر ولا بينة للشاتم ، فنى ذلك كله ليس عليه للمشتوم حق التعزير الذى يدعى : كما لو ادعى على آخر أنه استقرض منه كذا وأنكر فإنه يحلفه ماله عليك الألف الذى يدعى لاحتمال أنه استقرض وأوفاه أو أبرأه المدعى (قوله وشهادة رجل وامرأتين) صرح به الزيلعى وكذا فى التاترخانية عن المنتقى . ويخالفه مافى الجوهرة : لا تقبل فى التعزير شهادة النساء مع الرجال عنده لأنه عقوبة كالحد والقصاص . وعندهما تقبل لأنه حق آدمى اه أفاده الشرنبلالى :

قلت : ومقتضى هذا أنه لا تقبل فيه الشهادة على الشهادة أيضا عنده مع أنه جزم الزيلعى وكذا فى الفتح والبحر عن الخانية بأنها تقبل فلذا جزم المصنف بقبولها فى الموضعين (قوله كما فى حقوق العباد) أى كما فى باقيها (قوله ويكون أيضا حقا لله تعالى) أى خالصا له تعالى كتقبيل أجنبية وحضور مجلس فسق (قوله فلا عفو فيه) كذا قاله فى فتح القدير ، لكن فى القنية عن مشكل الآثار أن إقامة التعزير إلى الإمام عند أئمتنا الثلاثة والشافعى ، والعفو إليه أيضا . قال الطحاوى : وعندى أن العفو للمجنى عليه لا للإمام . قال صاحب القنية : ولعل ماقالوه فى التعزير الواجب حقا لله تعالى ، وما قاله الطحاوى فيما إذا جنى على إنسان اه فهذا مخالف لما فى الفتح كما فى البحر والنهر ؛

قلت : لكن ذكر فى الفتح أول الباب أن مانص عليه من التعزير كما فى وطء جارية امرأته أو المشتركة وجب امتثال الأمر فيه ، وما لم ينص عليه إذا رأى الإمام المصلحة أو علم أنه لاينزجر إلا به وجب ، لأنه زاجر مشروع لحقه تعالى كالحد ، وما علم أنه انزجر بدونه لايجب اه . فعلم أن قولهم إن العفو فيه للإمام بمعنى تفويضه إلى رأيه ، إن ظهر له المصلحة فيه أقامه ، وإن ظهر عدمها أو علم انزجاره بدونه يتركه ، وبه تندفع المخالفة فافهم (قوله ولايمين)

كمالو ادعى عليه أنه قبل أخته مثلا ويجوز إثباته بمدع شهد به فيكون مدعياً شاهدا لو معه آخر . ومافى القنية وغيرها لو كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول مافعل يوعظ استحسانا ولايعزر يجب أن يكون فى حقوق الله، فإن حقوق العباد ليس للقاضى إسقاطها فتح . وما فى كراهية الظهيرية : رجل يصلى ويضرب الناس بيده ولسانه فلا بأس بإعلام السلطان به لينزجر ، يفيد أنه من باب الإخبار وأن إعلام القاضى بذلك يكفى لتعزيره نهر .

قلت : وفيه من الكفالة معزياً للبحر وغيره : للقاضى تعزير المتهم قاصدا نسبته إليه فيقتضى التعزير فى دعوى

عطف على قوله فلا عفو، وهذا أخذه فى النهر من قولهم فى الأول واليمين فقال : وهو ظاهر فى أن ماكان منه حق الله تعالى لايحلف فيه الخ (قوله كما لو ادعى عليه أنه قبل أخته) أى أخت نفسه . والذى فى النهر أجنبية ، وهو المناسب لأنها لو كانت أخت المدعى فالظاهر أنه يكون حق عبد لأنه يلحقه بذلك عار شديد يحمله على الغيرة لمحارمه كمالايخفى إلا أن يراد أخت المقبل (قوله ويجوز إثباته الخ) عطف على قوله فلا عفو، فهو من التفريع أيضا على كونه حق الله تعالى (قوله لو معه آخر) كذا فى الفتح ، ويأتى أنه يكفى فيه إخبار عدل واحد، وعليه فلو كان المدعى عدلا يكفى وحده (قوله وغيرها) كالخانية والكافى (قوله ذامروءة) قال محمد رحمه الله : والمروءة عندى فى الدين والصلاح كمافى الفتح وغيره (قوله فتح) أقول : اختصر عبارة الفتح اختصارا مخلا تبع فيه النهر ، فإنه فى الفتح ذكر أولا أن ماوجب من التعزير حقا لله تعالى لايجوز للإمام تركه .

ثم استشكل عليه مافى الخانية ، وهو مانقله الشارح عن القنية فقال : إنه يجب أن يكون فى حقوق الله تعالى الخ أى وإذا كان كذلك ناقض قوله أولا إنه لايجوز للإمام تركه . ثم أجاب عنه بأن ماذكر عن القنية والخانية سواء حمل على أنه من حقوق الله تعالى أو من حقوق العباد لايناقض مامر ، لأنه إذا كان المدعى عليه ذامروءة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضى والدعوى ، ويكون قوله ولا يعزر معناه لايعزر بالضرب فى أول مرة فإن عاد عزره بالضرب اه ملخصا . وبه تعلم أن الشارح اقتصر على محل الاستشكال المخالف لقوله أولا فلا عفو فيه وترك المقصود من الجواب فافهم .

أقول : ويظهر لى دفع المناقضة من وجه آخر ، وهو أن ماوجب حقا لله تعالى لايجوز للإمام تركه إلا إذا علم انزجار الفاعل كمامر . ولايخفى أن الفاعل إذا كان ذامروءة فى الدين والصلاح يعلم من حاله الانزجار من أول الأمر لأن ماوقع منه لايكون عادة إلا عن سهو وغفلة، ولذا لم يعزر فى أول مرة مالم يعد، بل يوعظ ليتذكر إن كان ساهيا وليتعلم إن كان جاهلا بدون جر إلى باب القاضى ، ويؤيد هذا ماسيذكره الشارح آخر الباب من بناء ماهنا على استثناء ذوى الهيئات من وجوب التعزير (قوله يفيد أنه من باب الإخبار) أى فلا يحتاج إلى لفظ الشهادة ولا إلى مجلس القضاء كما فى كفالة النهر ، فهذا يخالف مامر من اشتراط الشهادة .

قلت : لكن غاية ما أفاده فرع الظهيرية أنه لايأثم من أعلم السلطان به ، وظاهر إطلاقه أنه لافرق بين كون السلطان عادلا أو جائرا يخشى منه قتله ، لما مر أنه يباح قتل كل مؤذ : أى إذا لم ينزجر . ولايخفى أنه ليس فى هذا تعرض لثبوت تعزيره بمجرد الإخبار عند السلطان فضلا عن ثبوته عند القاضى . على أنه يمكن أن يراد بإعلام السلطان الشهادة عليه عنده تأمل .

مطلب فى تعزير المتهم

(قوله للقاضى تعزير المتهم) ذكروا فى كتاب الكفالة أن التهمة تثبت بشهادة مستورين أو واحد عدل ، فظاهره أنه لو شهد عند الحاكم واحد مستور وفاسق بفساد شخص ليس للحاكم حبسه ، بخلاف ما إذا كان عدلا أو مستورين فإن له حبسه بحر .

السرقة لأن دعوى الزنا وهذا عكس الحكم اه منه وإن لم يثبت عليه ، وكل تعزير لله تعالى يكفى فيه خبر العدل لأنه فى حقوقه تعالى يقضى فيها بعلمه اتفاقا ، ويقبل فيها الجرح المجرد كما مر ،وعليه فما يكتب من المحاضر فى حق إنسان يعمل به فى حقوق الله تعالى : ومن أفتى بتعزير الكاتب فقد أخطأ اه ملخصاً .

وفى كفالة العينى عن الثانى : من يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه ، ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس أحبسه وأخلده فى السجن حتى يتوب ، لأن شر هذا على الناس ، وشر الأول على نفسه :

(شتم مسلم ذميا عزر) لأنه ارتكب معصية ، وتقييد مسائل الشتم بالمسلم اتفاقى فتح : وفى القنية : قال ليهودى أو مجوسى ياكافر يأثم إن شق عليه ، ومقتضاه أنه يعزر لارتكابه الإثم بحر وأقره المصنف ،لكن نظر فيه فى النهر

قلت : ومثله مالوكان المتهم مشهورا بالفساد فيكفى فيه علم القاضى كما أفاده كلام الشارح . وفى رسالة دده أفندى فى السياسة عن الحافظ ابن قيم الجوزية الحنبلى : ماعلمت أحدا من أئمة المسلمين يقول إن هذا المدعى عليه بهذه الدعوى وما أشبهها يحلف ويرسل بلا حبس ،وليس تحليفه وإرساله مذهبا لأحد من الأئمة الأربعة ولاغيرهم ولو حلفنا كل واحد منهم وأطلقناه مع العلم باشتهاره بالفساد فى الأرض وكثرة سرقاته وقلنا لانأخذه إلا بشاهدى عدل كان مخالفا للسياسة الشرعية . ومن ظن أن الشرع تحليفه وإرساله فقد غلط غلطا فاحشا ، لنصوص رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولإجماع الأئمة ،ولأجل هذا الغلط الفاحش تجرأ الولاة على مخالفة الشرع وتوهموا أن السياسة الشرعية قاصرة عن سياسة الخلق ومصلحة الأمة ، فتعدوا حدود الله تعالى وخرجوا من الشرع إلى أنواع من الظلم والبدع فى السياسة على وجه لايجوز ، وتمامه فيها . وفى هذا تصريح بأن ضرب المتهم بسرقة من السياسة ، وبه صرح الزيلعى أيضا كما سيأتى فى السرقة . وبه علم أن للقاضى فعل السياسة ولا يختص بالإمام كما قدمناه فى حد الزنا مع تعريف السياسة (قوله وإن لم يثبت) أى مااتهم به ، أما نفس التهمة : أى كونه من أهلها فلابد من ثبوتها كما علمت (قوله يكفى فيه خبر العدل) مخالف لما قدمه من أنه يجوز إثباته بمدّع شهد به لومعه آخر ، وهومصرح به فى الفتح ، ولعله محمول على عدم العدالة (قوله يقضى فيها بعلمه اتفاقا) وأما ماذهب إليه المتأخرون وهوالمفتى به من أنه لايقضى بعلمه فى زماننا فيجب حمله على ما كان من حقوق العباد ؛ كذا فى كفالة النهر ،وفيه كلام كتبناه فى قضاء البحر حاصله أن ماذكره غير صحيح ، وسيأتى تمامه هناك إن شاء الله تعالى (قوله كمامر) الذى مر تقييده بما إذا بين سببه كتقبيل أجنبية وعناقها ، وقد فسر المجرد بما لم يبين سببه ، فالمراد بالمجرد هنا مالم يكن فى ضمن ماتصح به الدعوى ، وقدمنا الكلام فيه فافهم (قوله وعليه) أى على ماذكر من أنه من باب الإخبار ، وأنه يكفى فيه خبر العدل (قوله من المحاضر) جمع محضر ، والمراد به هنا مايعرض على السلطان ونحوه فى شكاية متول أوحاكم ويثبت فيه خطوط أعيان البلدة وختمهم .ويسمى فى عرفنا عرض محضر (قوله يعمل به الخ) قال فى كفالة النهر : وظاهره أن الإخبار كما يكون باللسان يكون بالبنان ، فإذا كتب إلى السلطان بذلك ليزجره جاز وكان له أن يعتمد عليه حيث كان معروفا بالعدالة (قوله فقد أخطأ) والفرع المتقدم : أى عن الظهيرية ينادى بخطئه نهر (قوله وفى كفالة العينى الخ) ذكره فى البحر فى هذا الباب ، ومثله فى الخانية (قوله وأؤدبه) الظاهر أن المراد به الضرب ويحتمل أنه عطف تفسير ط (قوله والسرقة وضرب الناس) الظاهر أن الواو بمعنى أو لصدق التعليل على كل فرد بخصوصه ط (قوله حتى يتوب) المراد حتى تظهر أمارات توبته إذ لاوقوف لنا على حقيقتها ، ولا يقدر بستة أشهر إذ قد تحصل التوبة قبلها ،وقد لا تظهر بعدها ، كذا حققه الطرسوسى وأقره ابن الشحنة (قوله وتقييد مسائل الشتم) أى الواقع فى الكنز والهداية ، وهذا ذكره فى البحر والنهر . والذى فى الفتح الاقتصار على ماقبله

قلت : ولعل وجهه مامر فى يافاسق فتأمل .

(يعزر المولى عبده والزوج زوجته) ولو صغيرة لما سيجىء (على تركها الزينة) الشرعية مع قدرتها عليها (و) تركها (غسل الجنابة ، و) على (الخروج من المنزل) لو بغير حق (وترك الإجابة إلى الفراش) لو طاهرة من نحو حيض . ويلحق بذلك مالو ضربت ولدها الصغير عند بكائه أو ضربت جاريته غيرة ولا تتعظ بوعظه ، أو شتمته ولو بنحو ياحمار ، أو ادعت عليه ، أو مزقت ثيابه ، أو كلمته ليسمعها أجنبى ، أو كشفت وجهها لغير محرم ، أو كلمته أو شتمته أو أعطت مالم تجر العادة به بلا إذنه . والضابط كل معصية لاحد فيها فللزوج والمولى

من المسألة وتعليلها ذكر ذلك آخر الباب (قوله ولعل وجهه مامر فى يافاسق) أى من أنه ألحق الشين بنفسه قبل قول القائل ، وأشار بقوله فتأمل إلى ضعف هذا الوجه ، فإنه وإن كان ألحقه بنفسه لكننا التزمنا بعقد الذمة معه أن لانؤذيه اهـ ح .

وقد يقال : إنه وصفه بما هو فيه ، فهو صادق كقوله للفاسق يافاسق مع أنه قد يشق عليه ، إلا أن يفرق بأن اليهودى مثلا لايعتقد فى نفسه أنه كافر فتأمل (قوله يعزر المولى عبده) قال فى الفتح : وإذا أساء العبد الأدب حل لمولاه تأديبه ، وكذا الزوجة (قوله لما سيجىء) أى من أن الصغر لايمنع وجوب التعزير (قوله الشرعية الخ) احتراز عما لو أمرها بنحو لبس الرجال أو بالوشم ، وعما لو كانت لاتقدر عليها لمرض أو إحرام أو عدم ملكها أو نحو ذلك (قوله وتركها غسل الجنابة) أى إن كانت مسلمة ، بخلاف الذمية لعدم خطابها به ويمنعها من الخروج إلى الكنائس ط عن حاشية الشلبى (قوله وعلى الخروج من المنزل) أى بغير إذنه بعد إيفاء المهر (قوله لو بغير حق) فلو بحق فلها الخروج بلا إذنه ، وتقدم بيانه فى النفقات (قوله لوطاهرة الخ) أى وكانت خالية عن صوم فرض ط عن المفتاح (قوله ويلحق بذلك الخ) أشار إلى أن تعزير الزوج لزوجته ليس خاصا بالمسائل الأربعة المذكورة فى المتون ، ولذا قال فى الولوالجية : له ضربها على هذه الأربعة وما فى معناها ، وهو صريح الضابط الآتى أيضا ، وكذا مانقلناه آنفا عن الفتح من أن له تأديب العبد والزوجة على إساءة الأدب ، لكن على القول بأنه لايضربها لترك الصلاة يخص الجواز بما لاتقتصر منفعته عليها كما يفيده التعليل الآتى هناك (قوله مالو ضربت ولدها الخ) هذه ذكرها فى البحر بحثا أخذا من مسألة ضرب الجارية وقال فإن ضرب الدابة إذا كان ممنوعا فهذا أولى (قوله غيرة) بفتح الغين المعجمة ط ، وهو منصوب على الحالية أو المصدرية أو التمييز تأمل (قوله ولاتتعظ بوعظه) مفاده أنه لايعزرها أول مرة ط (قوله أوشتمته الخ) سواء شتمها أولا على قول العامة بحر ، وثبوت التعزير للزوج بما ذكر إلى قوله والضابط غير مصرح به ، وإنما أخذه فى البحر والنهر من قول البزازية وغيرها : لو قال لها إن ضربتك بلا جناية فأمرك بيدك فشتمته الخ فضربها لايكون الأمر بيدها لأن ذلك كله جناية . قال فى النهر : وهو ظاهر فى أنه له تعزيرها فى هذه المواضع اهـ .

قلت : وفيه أنه إذا كان ذلك جناية علق عليها الأمر لايلزمه منه أن يكون موجبه التعزير ، إذ لو زنت أو سرقت فضربها لم يصر الأمر بيدها لكونه ضربا بجناية مع أن هذه الجناية لاتوجب التعزير ، فالأولى الاقتصار على الضابط (قوله ولو بنحو ياحمار) ينبغى على ظاهر الرواية عدم التعزير فى ياحمار يا أبله . وعلى القول الثانى من أنه يعزر وإن كان المقول له من الأشراف ، وإلا لاينبغى أن يفصل فى الزوج ، إلا أن يفرق بين الزوجة وغيرها ، والموضع يحتاج إلى تدبر وتأمل نهر .

قلت : يظهر لى الفرق بينهما ، إذ لاشك أن هذا إساءة أدب منها فى حق زوجها الذى هو لها كالسيد ، وقدمنا عن الفتح أن له تعزيرها بإساءة الأدب تأمل (قوله أو كلمته أو شتمته) الضمير لغير المحرم (قوله والضابط الخ)

التعزير ، وليس منه مالوطلبت نفقتها أو كسوتها وألحت لأن لصاحب الحق مقالا بحر ، و (لاعلى ترك الصلاة) لأن المنفعة لاتعود عليه بل إليها ، كذا اعتمده المصنف تبعاً للدرر على خلاف مافى الكنز والملتقى ، واستظهره فى حظر المجتبى :
(والأب يعزر الابن عليه) وقدمنا أن للولى ضرب ابن سبع على الصلاة ، ويلحق به الزوج نهر . وفى القنية : له إكراه طفله على تعلم قرآن وأدب وعلم لفريضته على الوالدين ، وله ضرب اليتيم فيما يضرب ولده .
(الصغر لايمنع وجوب التعزير) فيجرى بين الصبيان (و) هذا لو كان حق عبد ، أما (لو كان حق الله) تعالى بأن زنى أو سرق (منع) الصغر منه مجتبى (من حد أو عزر فهلك فدمه هدر إلا امرأة عزرها زوجها)

عزاه فى البحر إلى البدائع من فصل القسم بين النساء ، قال وهو شامل لما كان متعلقا بالزوج وبغيره اه أى سواء كان جناية على الزوج أو غيره (قوله ولا على ترك الصلاة) عطف على قوله وليس منه الخ لأنه فى معنى لايضربها على طلب نفقتها ط (قوله تبعا للدرر) وكذا ذكره فى النهاية تبعا لكافى الحاكم كما فى البحر ، وفيه عن القنية: ولايجوز ضرب أختها الصغيرة التى ليس لها ولى بترك الصلاة إذا بلغت عشرا (قوله واستظهره) أى مافى الكنز والملتقى من أن له ضربها على ترك الصلاة ، وبه قال كثير كما فى البحر (قوله والأب يعزر الابن عليه) أى على ترك الصلاة . ومثلها الصوم كما صرحوا به ، وتعليل القنية الآتى يفيد أن الأم كالأب . والظاهر أن الوصى كذلك ، وأن المراد بالابن الصغير بقرينة ما بعده ، أما الكبير فكالأجنبى ، نعم قدم الشارح فى الحضانة عن البحر أنه إذا لم يكن مأمونا على نفسه فله ضمه لدفع فتنة أو عار وتأديبه إذا وقع منه شىء .
[فرع] فى فصول العلامى : إذا رأى منكرا من والديه يأمرهما مرة ، فإن قبلا فبها ، وإن كرها سكت عنهما واشتغل بالدعاء والاستغفار لهما فإن الله تعالى يكفيه ماأهمه من أمرهما .
له أم أرملة تخرج إلى وليمة وإلى غيرها فخاف ابنها عليها الفساد ليس له منعها بل يرفع أمرها للحاكم ليمنعها أو يأمره بمنعها (قوله ابن سبع) تبع فيه النهر . والذى قدمه فى كتاب الصلاة أمر ابن سبع وضرب ابن عشر اه ح وهكذا ذكره القهستانى عن الملتقط ، والمراد ضربه بيد لابخشبة كما تقدم هناك (قوله ويلحق به الزوج) فله ضرب زوجته الصغيرة على الصلاة كالأب (قوله وفى القنية الخ) وفيها عن الروضة : ولو أمر غيره بضرب عبده حل للمأمورضربه ، بخلاف الحر . قال : فهذا تنصيص على عدم جواز ضرب ولد الآمر بأمره ، بخلاف المعلم لأن المأمور يضربه نيابة عن الأب لمصلحة والمعلم يضربه بحكم الملك بتمليك أبيه لمصلحة الولد اه وهذا إذا لم يكن الضرب فاحشا كما يأتى فى المتن قريبا (قوله فيجرى بين الصبيان) أى يشرع فى حقهم كما عبر الزيلعى ، وهل يضرب تعزيرا بمجرد عقله أو إذا بلغ عشرا كما فى ضربه على الصلاة ؟ لم أره ، نعم فى البحر عن القنية : مراهق شتم عالما فعليه التعزير اه . والظاهر أن المراهقة غير قيد تأمل .
[تنبيه] فى شهادات البحر : لم أر حكم الصبى إذا وجب التعزير عليه للتأديب فبلغ . ونقل الفخر الرازى عن الشافعية سقوطه لزجره بالبلوغ ، ومقتضى مافى اليتيمة من كتاب السير أن الذمى إذا وجب التعزير عليه فأسلم لم يسقط عنه اه . قال الخير الرملى : لاوجه لسقوطه خصوصا إذا كان حق آدمى (قوله وهذا لو كان حق عبد الخ) بهذا وفق صاحب المجتبى بين قول السرخسى : إن الصغر لايمنع وجوب التعزير ، وقول الترجمان يمنع بحمل الأول على حق العبد ، والثانى على حقه تعالى ، كما إذا شرب الصبى أوزنى أو سرق ، وأقره فى البحر والنهر ، وتبعهم المصنف .
قلت : لكن يشكل عليه ضربه على ترك الصلاة ، بل ورد أنه تضرب الدابة على النفار لاعلى العثار فتأمل
١ قوله من حد أو عزر) أى من حده الإمام أو عزره كما فى الهداية (قوله فدمه هدر) أى عندنا ومالك

بمثل مامر (فماتت) لأن تأديبه مباح فيتقيد بشرط السلامة . قال المصنف : وبهذا ظهر أنه لايجب على الزوج ضمن زوجته أصلا .

(ادعت على زوجها ضرباً فاحشاً وثبت ذلك عليه عزر ، كما لو ضرب المعلم الصبي ضرباً فاحشاً) فإنه يعزره ويضمنه لو مات شمنى . وعن الثانى لو زاد القاضى على مائة فمات فنصف الدية فى بيت المال لقتله بفعل مأذون فيه ، وغير مأذون فيتنصف زيلعى .

[فروع] ارتدت لتفارق زوجها تجبر على الإسلام، وتعزر خمسة وسبعين سوطا، ولاتتزوج بغيره به يفتى ملتقط .

وأحمد خلافا للشافعى ، لأن الإمام مأمور بالحد والتعزير ، وفعل المأمور لايتقيد بشرط السلامة ، وتمامه فى الفتح والتبيين .

قلت : ومقتضى التعليل بالأمر أن ذلك غير خاص بالإمام ، فقد مر أن لكل مسلم إقامة التعزير حال مباشرة المعصية لأنه مأمور بإزالة المنكر إلا أن يفرق بأنه يمكنه الرفع إلى الإمام فلم تتعين الإقامة عليه ، بخلاف الإمام تأمل (قوله بمثل مامر) أى من الأشياء التى يباح له تعزيره فيها ط (قوله فيتقيد بشرط السلامة) أى كالمرور فى الطريق ونحوه .

وأورد مالو جامع امرأته فماتت أو أفضاها فإنه لايضمن عند أبى حنيفة وأبى يوسف مع أنه مباح . وأجيب بأنه يضمن المهر بذلك ، فلو وجبت الدية لوجب ضمانان بمضمون واحد نهر (قوله قال المصنف) أخذه من كلام شيخه فى البحر (قوله وبهذا) أى التعليل المذكور (قوله ضربا فاحشا) قيد به لأنه ليس له أن يضربها فى التأديب ضربا فاحشا ، وهو الذى يكسر العظم أو يخرق الجلد أو يسوده كما فى التاترخانية . قال فى البحر : وصرحوا بأنه إذا ضربها بغير حق وجب عليه التعزير اهـ أى وإن لم يكن فاحشا (قوله ويضمنه لو مات) ظاهره تقييد الضمان بما إذا كان الضرب فاحشا ، ويخالفه إطلاق الضمان فى الفتح وغيره حيث قال : وذكر الحاكم لايضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه ، وكذا المعلم إذا أدب الصبى فمات منه يضمن عندنا والشافعى اهـ وقال فى الدر المنتقى : يضمن المعلم بضرب الصبى . وقال مالك وأحمد : لايضمن الزوج ولا المعلم فى التعزير ، ولا الأب فى التأديب ، ولا الجد ولا الوصى لو بضرب معتاد وإلا ضمنه بإجماع الفقهاء اهـ لكن سيأتى فى الجنايات قبيل باب الشهادة فى القتل تفصيل ، وهو الضمان فى ضرب التأديب لافى ضرب التعليم لأنه واجب ، مالم يكن ضربا غير معتاد فإنه موجب للضمان مطلقا ، وسيأتى تمامه هناك (قوله وعن الثانى الخ) عبارة الزيلعى هكذا : وروى عن أبى يوسف أن القاضى إذا لم يزد فى التعزير على مائة لايجب عليه الضمان إذا كان يرى ذلك لأنه قد ورد : أن أكثر ماعزروا به مائة ، فإن زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال لأن مازاد على المائة غير مأذون فيه ؛ فحصل القتل بفعل مأذون فيه وبفعل غير مأذون فيه فيتنصف اهـ . فعلم أن الكلام فى القاضى الذى يرى ذلك اجتهادا أو تقليدا ، وقدمنا أول الباب استدلال أئمتنا بحديث « من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين » ومقتضى ماقررناه هناك وجوب الضمان إذا تعدى بالزيادة مطلقا ، وأن هذه الرواية غير معتمدة عند الكل فافهم (قوله وتعزر خمسة وسبعين) جرى على ظاهر الرواية عن أبى يوسف ، وقدمنا ترجيح قولهما إنه لايبلغ التعزير أربعين (قوله ولاتتزوج بغيره) بل تقدم أنها تجبر على تجديد النكاح بمهر يسير وهذه إحدى روايات ثلاث تقدمت فى الطلاق . الثانية أنها لاتبين ردا لقصدها السيء . الثالثة مافى النوادر من أنه يتملكها رقيقة إن كان مصرفا ط .

ارتحل إلى مذهب الشافعى يعزر سراجية ؛
قذف بالتعريض يعزر حاوى .
زنى بامرأة ميتة يعزر اختيار :
ادعى على آخر أنه وطىء أمته وحبلت فنقصت ، فإن برهن فله قيمة النقصان ،

مطلب فيما إذا ارتحل إلى غير مذهبه

(قوله ارتحل إلى مذهب الشافعى يعزر) أى إذا كان ارتحاله لالغرض محمود شرعا ، لما فى التاترخانية : حكى أن رجلا من أصحاب أبى حنيفة خطب إلى رجل من أصحاب الحديث ابنته فى عهد أبى بكر الجوزجانى فأبى إلا أن يترك مذهبه فيقرأ خلف الإمام ويرفع يديه عند الانحطاط ونحو ذلك فأجابه فزوجه ، فقال الشيخ بعد ماسئل عن هذه وأطرق رأسه : النكاح جائز ولكن أخاف عليه أن يذهب إيمانه وقت النزع لأنه استخف بمذهبه الذى هو حق عنده وتركه لأجل جيفة منتنة ، ولو أن رجلا برىء من مذهبه باجتهاد وضح له كان محمودا مأجورا . أما انتقال غيره من غير دليل بل لما يرغب من عرض الدنيا وشهوتها فهو المذموم الآثم المستوجب للتأديب والتعزير ، لارتكابه المنكر فى الدين واستخفافه بدينه ومذهبه اه ملخصا . وفيها عن الفتاوى النسفية : الثبات على مذهب أبى حنيفة خير وأولى ، قال : وهذه الكلمة أقرب إلى الألفة اه ؛

وفى آخر التحرير للمحقق ابن الهمام : مسألة لايرجع فيما قلد فيه أى عمل به اتفاقا ، وهل يقلد غيره فى غيره؟ المختار نعم للقطع بأنهم كانوا يستفتون مرة واحدا ومرة غيره غير ملتزمين مفتيا واحدا فلو التزم مذهبا معينا كأبى حنيفة والشافعى ، فقيل يلزم ، وقيل لا ، وقيل مثل من لم يلتزم ، وهو الغالب على الظن لعدم مايوجبه شرعا اه ملخصا قال شارحه المحقق ابن أمير حاج : بل الدليل الشرعى اقتضى العمل بقول المجتهد وتقليده فيه فيما احتاج إليه وهو – فاسألوا أهل الذكر – والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة ، فإذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عمله به وأما التزامه فلم يثبت من السمع اعتباره ملزما إنما ذلك فى النذر ، ولا فرق فى ذلك بين أن يلتزمه بلفظه أو بقلبه ؛ على أن قول القائل مثلا قلدت فلانا فيما أفتى به تعليق التقليد والوعد به ذكره المصنف اه ؛

مطلب العامى لامذهب له

قلت : وأيضا قالوا العامى لا مذهب له ، بل مذهبه مذهب مفتيه ، وعلله فى شرح التحرير بأن المذهب إنما يكون لمن له نوع نظر واستدلال وبصر بالمذهب على حسبه ، أو لمن قرأ كتابا فى فروع ذلك المذهب وعرف فتاوى إمامه وأقواله . وأما غيره ممن قال أنا حنفى أو شافعى لم يصر كذلك بمجرد القول كقوله أنا فقيه أو نحوى اه وتقدم تمام ذلك فى المقدمة أول هذا الشرح ، وإنما أطلنا فى ذلك لئلا يغتر بعض الجهلة بما يقع فى الكتب من إطلاق بعض العبارات الموهمة خلاف المراد فيحملهم على تنقيص الأئمة المجتهدين ، فإن العلماء حاشاهم الله تعالى أن يريدوا الازدراء بمذهب الشافعى أو غيره ، بل يطلقون تلك العبارات بالمنع من الانتقال خوفا من التلاعب بمذاهب المجتهدين ، نفعنا الله تعالى بهم ، وأماتنا على حبهم آمين . يدل لذلك مافى القنية رامزا لبعض كتب المذهب : ليس للعامى أن يتحول من مذهب إلى مذهب ، ويستوى فيه الحنفى والشافعى اه . وسيأتى إن شاء الله تعالى تمام ذلك فى فصل القبول من الشهادات (قوله قذف بالتعريض) كأن قال أنا لست بزان يعزر ، لأن الحد سقط للشبهة ، وقد ألحق الشين بالمخاطب لأن المعنى بل أنت زان فيعزر ، وظاهر التقييد بالقذف أنه لو شتم بالتعريض لايعزر (قوله فله قيمة النقصان) أى له قدر مانقص من قيمتها ، ولم يذكر أنه يحد أولا لعلمه مما مر فى بابه ، وتقدم قبيل باب الشهادة

وإن حلف خصمه فله تعزير المدعى منية .

وفى الأشباه : خدع امرأة إنسان وأخرجها زوجها ويحبس حتى يتوب أو يموت لسعيه فى الأرض بالفساد .

من له دعوى على آخر فلم يجده فأمسك أهله للظلمة فحبسوهم وغرموهم عزر .

يعزر على الورع البارد كتعريف نحو تمرة .

التعزير لا يسقط بالتوبة كالحد . قال : واستثنى الشافعى ذوى الهيئات .

قلت : قد قدمناه لأصحابنا عن القنية وغيرها . وزاد الناطفى فى أجناسه مالم يتكرر فيضرب التعزير ، وفى الحديث « تجافوا عن عقوبة ذوى المروءة لافى الحد » .

وفى شرح الجامع الصغير للمناوى الشافعى فى حديث « اتق الله ، لاتأتى يوم القيامة ببعير تحمله على رقبتك

على الزنا مالو زنى بأمة فقتلها أنه يجب الحد والقيمة بالقتل ، وفى إفضائها تفصيل طويل (قوله وإن حلف خصمه) أى عند عدم البرهان (قوله حتى يتوب أو يموت) عبارة غيره حتى يردها : وفى الهندية وغيرها قال محمد أحبسه أبدا حتى يردها أو يموت (قوله يعزر على الورع البارد الخ) قال فى التتارخانية : روى أن رجلا وجد تمرة ملقاة فأخذها وعرّفها مرارا ومراده إظهار ورعه وديانته ، فقال له عمر رضى الله تعالى عنه : كلها يابارد الورع فإنه ورع يبغضه الله تعالى وضربه بالدرة اه .

قلت : وبه علم أن المراد ما كان على وجه الرياء كما أفاده بقوله البارد فافهم ، فلو كان من أهل الورع فهو ممدوح كما نقل أن امرأة سألت بعض الأئمة عن الغزل على ضوء العسس حين يمر على بيتها فقال من أنت؟ فقالت : أناأخت بشر الحافى ، فقال لها : لاتفعلى ، فإن الورع خرج من بيتكم (قوله التعزير لايسقط بالتوبة) لما مر أن الذمى إذا لزمه التعزير فأسلم لم يسقط عنه ، لكن هذا مقيد بما إذا كان حقا لعبد ، أما ماوجب حقا لله تعالى فإنه يسقط كما فى شهادات البحر حموى على الأشباه (قوله قلت قد قدمناه لأصحابنا الخ) تقدم ذلك عند قوله والشهادة على الشهادة ، وهذا جواب لقول الأشباه ولم أره لأصحابنا اه .

قلت : وفى كفالة كافى الحاكم الشهيد : وإذا كان المدعى عليه رجلا له مروءة وخطر استحسنت أن لا أحبسه ولا أعزره إذا كان ذلك أول مافعل . وذكر عن الحسن رضى الله تعالى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « تجافوا عن عقوبة ذى المروءة إلا فى الحدود » اه وقال البيرى : وفى الأجناس عن كفالة الأصل : لو ادعى قبل إنسان شتيمة فاحشة أوأنه ضربه عزر أسواطا وإن كان المدعى عليه رجلا له مروءة وخطر استحسنت أنه لايعزر إذا كان أول مافعل . وفى نوادر ابن رستم عن محمد وعظ حتى لايعود إليه ، فإن عاد وتكرر منه ضرب التعزير . قلت لمحمد : والمروءة عندك فى الدين والصلاح؟ قال نعم . وفى التمرتاشى : إن كان له خطر ومروءة فالقياس أن يعزر ، وفى الاستحسان لا إن كان أول مافعل ، فإن فعل أى مرة أخرى علم أنه لم يكن ذامروءة ، والمروءة مروءة شرعية وعقلية رسمية اه ملخصا .

[تنبيه] قال ابن حجر فى الفتاوى الفقهية : جاء الحديث من طرق كثيرة من رواية جماعة من الصحابة بألفاظ مختلفة ، منها « أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم إلا الحدود » وفسرهم الشافعى بأنهم الذين لايعرفون بالشر فيزل أحدهم الزلة فيترك . وقيل هم أصحاب الصغائر دون الكبائر . وقيل الذين إذا وقع منهم الذنب تابوا ، والأول أظهر وأمتن اه ملخصا .

قلت : وقول أئمتنا إذا كان أول مافعل يشير إلى التفسير الأول ، وكذا مامر من تفسير المروءة (قوله فى حديث اتق الله لاتأتى الخ) لفظ الجامع الصغير « اتق الله يا أبا الوليد » وقوله لاتأتى أصله لئلا تأتى فحذف اللام كذا فى المناوى ح .

له رغاء ، أو بقرة لها خوار ، أو شاة لها ثؤاج » قال يؤخذ منه تجريس السارق ونحوه فليحفظ ، والله تعالى أعلم.

كتاب السرقة

(هى) لغة أخذ الشيء من الغير خفية ، وتسمية المسروق سرقة مجاز : وشرعا باعتبار الحرمة أخذه كذلك بغير حق نصابا كان أم لا ، وباعتبار القطع (أخذ مكلف)

قلت : ومقتضاه أنّ تأتى منصوب بأن المضمرة بعد اللام المقدرة مع أن شرط إضمار أن عدم وجودلا بعدها مثل — لنعلم أى الحزبين — فلو وجدت امتنع الإضمار مثل — لئلا يعلم — إلا أن يقال سوّغ ذلك عدم التصريح باللام التعليلية ، لكنه يتوقف على كون الرواية بالنصب وإلا فالأظهر أنه نفى بمعنى النهى مثل — فلا رفث ولا فسوق — أو نهى والياء للإشباع ؛ وعلى كل فهو نهى عن المسبب ، والمراد النهى عن السبب مثل — ولا تقتلوا أنفسكم — لا يفتننكم الشيطان — أى لا تفعلوا سبب القتل والفتنة ، وهنا المراد النهى عن منع زكاة المواشى أو السرقة التى هى سبب الإتيان بما ذكر . وعلى هذا التقرير يظهر فى الحديث نكات لطيفة لا تخفى على المتأمل فافهم (قوله له رغاء الخ) الرغاء صوت الإبل ، كما أن الخوار صوت البقر . والثؤاج بالثاء المثلثة المضمومة وبعدها همزة مفتوحة ممدودة ثم جيم : صوت الغنم ط (قوله قال يؤخذ منه) عبارة المناوى قال ابن المنير : أظن أن الحكام أخذوا بتجريس السارق ونحوه من هذا الحديث ونحوه اهـ ح . والتجريس بالقوم : التسميع بهم قاموس . قلت : وهو معنى التشهير الذى ذكروه عندنا فى شاهد الزور .

ففى التاترخانية قال أبو حنيفة فى المشهور : يطاف به ويشهر ، ولا يضرب . وفى السراجية : وعليه الفتوى . وفى جامع العتابى التشهير أن يطاف به فى البلد وينادى عليه فى كل محلة إن هذا شاهد الزور فلا تشهدوه . وذكر الخصاف فى كتابه أنه يشهر على قولهما بغير الضرب . والذى روى عن عمر أنه يسخم وجهه ، فتأويله عند السرخسى أنه بطريق السياسة إذا رأى المصلحة . وعند الشيخ الإمام أنه التفضيح والتشهير فإنه يسمى سوادا اهـ ملخصا ، وسيأتى تمامه قبيل باب الرجوع عن الشهادة إن شاء الله تعالى ، والله سبحانه أعلم .

كتاب السرقة

عقب به الحدود لأنه منها مع الضمان قهستانى . قلت : وكأنهم ترجموا لها بالكتاب دون الباب لاشتمالها على بيان حكم الضمان الخارج عن الحدود فكانت غيرها من وجه ، فأفردت عنها بكتاب متضمن لأبواب تأمل .

قال القهستانى : وهى نوعان ، لأنه إما أن يكون ضررها بذى المال أو به وبعامة المسلمين ، فالأول يسمى بالسرقة الصغرى والثانى بالكبرى ، بين حكمها فى الآخر لأنها أقل وقوعا وقد اشتركا فى التعريف وأكثر الشروط اهـ أى لأن المعتبر فى كل منهما أخذ المال خفية ، لكن الخفية فى الصغرى هى الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير . وفى الكبرى عن عين الإمام الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم كما فى الفتح ، والشروط تعلم مما يأتى (قوله هى لغة أخذ الشىء الخ) أفاد أنها مصدر وهى أحد خمسة . ففى القاموس : سرق منه الشىء يسرق أى من باب ضرب سرقا محركة وككتف وسرقة محركة أى ككلمة وكفرجة أى بضم فسكون وسرقا بالفتح أى مع السكون والاسم السرقة بالفتح وكفرحة وكتف اهـ موضحا (قوله خفية) بضم الخاء وكسرها ط عن المصباح (قوله مجاز) أى من إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول كالخلق بمعنى المخلوق (قوله وشرعا باعتبار الحرمة الخ) يعنى أن لها فى الشرع تعريفين : تعريفا باعتبار كونها محرمة ، وتعريفا باعتبار ترتب حكم شرعى عليها وهو القطع ، ومر نظيره فى الزنا (قوله أخذه كذلك) أى أخذ الشىء خفية (قوله أخذ مكلف) شمل الأخذ حكما ، وهو أن يدخل جماعة

ولو أنثى أو عبداً أو كافراً أو مجنونا حال إفاقته (ناطق بصير) فلا يقطع أخرس لاحتمال نطقه بشبهة ، ولا أعمى لجهله بمال غيره (عشرة دراهم) لم يقل مضروبة لما فى المغرب : الدراهم اسم للمضروبة (جياد أو مقدارها) فلا قطع بنقرة وزنها عشرة لا تساوى عشرة مضروبة ،

من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعه ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل ، فإن الكل يقطعون استحسانا وسيأتى بحر . وأخرج الصبى والمجنون لأن القطع عقوبة وهما ليسا من أهلها ، لكنهما يضمنان المال كما فى البحر (قوله أو عبدا) فهو كالحر هنا ، لأن القطع لا يتنصف بخلاف الجلد (قوله أو كافرا) الأولى أو ذميا لما فى كافى الحاكم أن الحربى المستأمن إذا سرق فى دار الإسلام لم يقطع فى قول أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف أقطعه (قوله أو مجنونا حال إفاقته) الأولى أن يقول أو مجنونا فى غير حال أخذه لأن قوله ولو أنثى الخ تعميم للمكلف فيصير المعنى أخذ مكلف ولو كان ذلك المكلف مجنونا فى حال إفاقته ، ولا يخفى مافيه ، فإنه فى حال الإفاقة عاقل لا مجنون إلا أن يجعل حال إفاقته ظرفا لأخذ فكأنه قال أخذ مجنون فى حال إفاقته فيصدق عليه أخذ مكلف ، وإنما سماه مجنونا نظرا إلى حاله فى غير وقت الأخذ فيرجع إلى ماقلنا تأمل .

والحاصل كما فى البحر والنهر أنه إذا كان يجن ويفيق ، فإن سرق فى حال إفاقته قطع وإلا فلا اهـ . بقى لو جن بعد الأخذ هل يقطع أم تنتظر إفاقته ؟ قال السيد أبو السعود : ظاهر ماقدمه فى النهر من أنه يشترط لإقامة الحد كونه من أهل الاعتبار يقتضى اشتراط إفاقته ، إلا أن يفرق بين الجلد والقطع بأن الذى يحصل به الجلد لا فائدة فيه قبلها لزوال الألم قبل الإفاقة بخلاف القطع اهـ .

قلت : لكن فى حد الشرب من البحر : إذا أقر السكران بالسرقة ولم يقطع لسكره أخذ منه المال ثم قال شهدوا عليه بالشرب وهو سكران قبلت ، وكذا بالزنا وهو سكران ، كما إذا زنى وهو سكران وكذا بالسرقة وهو سكران ، ويحد بعد الصحو ويقطع اهـ فهذا يفيد اشتراط صحوه إلا أن يفرق بين الجنون والسكر بأن السكر له غاية ، بخلاف الجنون ، لكن الظاهر انتظار إفاقته لاندراء الحد بالشبهة ، وهى هنا احتمال إبداء مايسقطه إذا أفاق كما لا يقطع الأخرس لذلك تأمل (قوله ناطق بصير) زاد فى البحر هنا قيدا آخر ، وهو كونه صاحب يد يسرى ورجل يمنى صحيحتين ، وسيأتى فى فصل القطع (قوله لجهله بمال غيره) يعنى أن مقتضى حاله ذلك (قوله عشرة دراهم) لما رواه أبو حنيفة مرفوعا : لا تقطع اليد فى أقل من عشرة دراهم ، ورجح هذه على رواية ربع دينار ورواية ثلاثة دراهم لأن الأخذ بالأكثر أحوط احتيالا للدرء كما بسطه فى الفتح ، وأطلق الدراهم فانصرفت إلى المعهودة ، وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل كما فى الزكاة بحر ، ومثله فى الهداية وغيره . وبحث فيه الكمال بأن الدراهم كانت فى زمنه صلى الله عليه وسلم مختلفة : صنف عشرة وزن خمسة ، وصنف وزن ستة ، وصنف وزن عشرة ، فمقتضى ترجيحهم الأكثر فيما مر ترجيحه هنا أيضا ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله ولم يقل مضروبة) أى مع أن ذلك شرط للقطع فى ظاهر الرواية (قوله جياد) فلو سرق زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة فلا قطع إلا أن تكون كثيرة قيمتها نصاب من الجياد بحر (قوله أو مقدارها) أى قيمة ، فلو سرق نصف دينار قيمته النصاب قطع عندنا بحر وهو عطف على عشر اهـ ح (قوله فلا قطع بنقرة) هى القطعة المذابة من الذهب والفضة قاموس والمراد الثانى ط وهذا محترز كون العشرة مضروبة ، ومثله مالو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوى عشرة مسكوكة لا يقطع لأنه مخالف للنص فى محل النص ، وهو أن يسرق فضة وزن عشرة كذا فى الفتح ، فأفاد أن الفضة غير المسكوكة يعتبر فيها الوزن والقيمة : أى كون وزنها عشرة تساوى عشرة مسكوكة ، فلا قطع لو نقص الوزن عن عشرة

ولابدينار قيمته دون عشرة. وتعتبر القيمة وقت السرقة ووقت القطع ومكانه بتقويم عدلين لهما معرفة بالقيمة ، ولا قطع عند اختلاف المقومين ظهيرية (مقصودة) بالأخذ ، فلا قطع بثوب قيمته دون عشرة وفيه دينار أو دراهم مصرورة إلا إذا كان وعاء لها عادة تجنيس (ظاهرة الإخراج) فلو ابتلع دينارا فى الحرز وخرج لم يقطع ، ولا ينتظر تغوطه بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للحال (خفية) ابتداء وانتهاء لو الأخذ نهارا ، ومنه مابين العشاءين ، وابتداء فقط لو ليلا ، وهل العبرة لزعم السارق أو لزعم أحدهما ؟ خلاف (من صاحب يد صحيحة) فلا يقطع السارق من السارق فتح (مما لايتسارع إليه الفساد) كلحم وفواكه مجتنى ، ولابد من كون المسروق متقوما مطلقا ؛ فلا قطع بسرقة خمر مسلم مسلما كان السارق أو ذميا ، وكذا الذمى إذا سرق من ذمى خمرا أو خنزيرا أوميتة لايقطع لعدم تقومها عندنا ذكره الباقانى (فى دار العدل) فلايقطع بسرقة فى دار حرب أو بغى بدائع

وإن بلغ قيمة المسكوكة كمسألتنا هذه ، ولا فى عكسه كمسألة النقرة (قوله ولا بدينار) محترز قوله أو قيمتها. وأفاد به أن غير الدراهم يقوّم بها وإن كان ذهبا كما فى الفتح (قوله وقت السرقة ووقت القطع) فلو كانت قيمته يوم السرقة عشرة فانتقص وقت القطع لم يقطع إلا إذا كان النقص لعيب حدث أو لفوات بعض العين كما فى الفتح والنهر (قوله ومكانه) فلو سرق فى بلد ماقيمته فيها عشرة فأخذ فى أخرى وقيمته فيها أقل لايقطع فتح (قوله بتقويم عدلين) حال من قوله أو مقدارها (قوله عند اختلاف المقومين) أى بأن قومه عدلان بنصاب وعدلان آخران بأقل منه . وأمالو اختلفوا بعد اتفاقهم على النصاب فإنه لايضر كما هو ظاهر (قوله إلا إذا كان وعاء لها عادة) لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ، ألا ترى أنه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وإن كان الكيس يساوى درهما بحر. وفهم منه أنه لوعلم بما فى الثوب يقطع كما صرح به فى المبسوط لأن المعتبر ظهور قصد النصاب ، وكون المسروق كيسا فيه دلالة القصد ، ولايقبل قوله لم أقصد لم أعلم كما فى الفتح ، فإقراره بالعلم بما فى الثوب فيه دلالة القصد بالأولى (قوله ولاينتظر) أى إذا طلب المالك تضمينه فله ذلك فى الحال لوجود سببه لأنه يقدر على تسليمه للحال فصار مستهلكا (قوله خفية) خرج به الأخذ مغالبة أو نهبا ، فلا قطع به لو كان فى المصر نهارا وإن دخل خفية استحسانا نهر (قوله وابتداء فقط لوليلا) حتى لو دخل البيت ليلا خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة من فى يده قطع بحر (قوله وهل العبرة) أى فى الخفية لزعم السارق أن رب الدار لم يعلم به أم لزعم أحدهما ، وإن كان رب الدار فيه خلاف . ويظهر ذلك فيما لو ظن السارق أن رب الدار علم به مع أنه لم يعلم ، فالخفية هنا فى زعم رب الدار لافى زعم السارق . ففى الزيلعى : لا يقطع لأنه جهر فى زعمه . وفى الخلاصة والمحيط والذخيرة : يقطع اكتفاء بكونها خفية فى زعم أحدهما ، أما لو زعم اللص أنه لم يعلم به مع أنه عالم يقطع اكتفاء بزعمه الخفية ، وكذا لولم يعلما اتفاقا . وأما لو علما فلا قطع بالمسألة رباعية كما أفاده فى البحر (قوله من صاحب يد صحيحة) حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع فتح (قوله فلا يقطع السارق من السارق) هكذا أطلقه الكرخى والطحاوى ، لأن يده ليست يد أمانة ولا ملك فكان طائعا قلنا نعم ، لكن يده يد غصب والسارق منه يقطع . والحق مافى نوادر هشام عن محمد : إن قطعت الأولى لم أقطع الثانى وإن درأت عنه الحد قطعته ، ومثله فى أمالى أبى يوسف كذا فى الفتح نهر. وعلى هذا التفصيل مشى المصنف فى الباب الآتى .

[تنبيه] فى كافي الحاكم : ولا يقطع السارق من مال الحربى المستأمن (قوله مما لايتسارع إليه الفساد) سيأتى هذا فى المتن مع أشياء أخر لايقطع بها ؛ فإذا كان مراده استيفاء الشروط كان عليه ذكر الباقى تأمل (قوله متقوما مطلقا) أى عند أهل كل دين ط (قوله فلا قطع بسرقة خمر مسلم) هذه العبارة مع التطويل لاتشمل سرقة المسلم خمر للذمى ، ولو قال فلا قطع بسرقة خمر لكان أخصر وأشمل اهـ ح (قوله بدائع) تمام عبارتها على مافى البحر :

(من حرز) بمرة واحدة اتحد مالكه أم تعدد (لاشبهة ولا تأويل فيه) وثبت ذلك عند الإمام كما سيتضح (فيقطع إن أقرّ بها مرة) وإليه رجع الثانى (طائعا) فإقراره بها مكرها باطل . ومن المتأخرين من أفتى بصحته

فلو سرق بعض تجار المسلمين من البعض فى دار الحرب ثم خرجوا إلى دار الإسلام فأخذ السارق لايقطعه الإمام اهـ .

قلت : وظاهره أن الحكم كذلك لو سرق فى دار البغى ثم خرجوا إلى دار العدل تأمل . ولم يذكر سرقة أهل العدل من أهل البغى وعكسه .

وفى كافى الحاكم : رجل من أهل العدل أغار على عسكر البغى ليلا فسرق من رجل منهم مالا فجاء به إلى إمام العدل لايقطعه لأن لأهل العدل أخذ أموالهم على وجه السرقة ويمسكه إلى أن يتوبوا ويموتوا ، وفى العكس لو أخذ بعد ذلك فأتى به إمام أهل العدل لم يقطعه أيضا لأنه محارب يستحل هذا اهـ ملخصا (قوله من حرز) هو على قسمين : حرز بنفسه ، وهو كل بقعة معدة للإحراز ممنوع من الدخول فيها إلا بإذن كالدور والحوانيت والخيم والخزائن والصناديق . أو بغيره ، وهو كل مكان غير معد للإحراز وفيه حافظ كالمساجد والطرق والصحراء. وفى القنية : لو سرق المدفون فى مفازة يقطع بحر .

قلت : وجزم المقدسى بضعف ما فى القنية كما نذكره فى النباش (قوله بمرة واحدة) فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لم يقطع زيلعى وغيره .

قلت : وهذا لو أخرجه إلى خارج الدار لما فى الجوهرة : ولو دخل دارا فسرق من بيت منها درهما فأخرجه إلى صحنها ثم عاد فسرق درهما آخر وهكذا حتى سرق عشرة فهذه سرقة واحدة ، فإذا أخرج العشرة من الدار قطع ، وإن خرج فى كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرات لم يقطع لأنها سرقات اهـ ومثله فى التتارخانية ، لكن ذكر فى الجوهرة أيضا : لو أخرج نصابا من حرز مرتين فصاعدا ، إن تخلل بينهما اطلاع المالك فأصلح النقب أو أغلق الباب ، فالإخراج الثانى سرقة أخرى فلا يجب القطع إذا كان المخرج فى كل دفعة دون النصاب ، وإن لم يتخلل ذلك قطع اهـ ومثله فى النهر عن السراج فبيل فصل القطع ، فقوله وإن لم يتخلل ذلك قطع يقتضى أنه لو أخرج بعض النصاب إلى خارج الدار ثم عاد قبل اطلاع المالك وإصلاحه النقب أو إغلاقه الباب أنه يقطع ، وهو خلاف ماأطلقه هو وغيره من عدم القطع كما علمت ، لأنه لم يصدق عليه أنه فى كل مرة أخرج نصابا من حرز بل بعض نصاب ، نعم اطلاع المالك له اعتبار فى مسألة أخرى ذكرها فى الجوهرة أيضا ، وهى لو نقب البيت ثم خرج ولم يأخذ شيئا إلا فى الليلة الثانية ، إن كان ظاهرا وعلم به رب المنزل ولم يسده لم يقطع وإلا قطع اهـ . ووجهه ظاهر ، وهو أنه لو علم به ولم يسده لم يبق حرزا وإلا بقى حرزا ، إذ لو لم يبق حرزا لزم أن لاتتحقق سرقته بعد هتك الحرز (قوله اتحد مالكه أم تعدد) فلو سرق واحد من جماعة قطع ، ولو سرق اثنان نصابا من واحد فلا قطع عليهما فالعبرة للنصاب فى حق السارق لا المسروق منه بشرط أن يكون الحرز واحدا ، فلو سرق نصابا من منزلين فلا قطع والبيوت من دار واحدة بمنزلة بيت واحد ، حتى لو سرق من عشرة أنفس فى دار كل واحد فى بيت على حدة من كل واحد منهم درهما قطع ، بخلاف ما إذا كانت الدار عظيمة فيها حجر كما فى البدائع بحر ، وستأتى مسألة الحجر (قوله لاشبهة ولا تأويل فيه) أخرج بالأول السرقة من دار أبيه ونحوه وبالثانى سرقة مصحف لتأويل أخذه للقراءة أفاده ط (قوله وثبت ذلك الخ) لايصح كون ذلك جزءا من التعريف بل هو شرط للقطع كما أفاده بقوله فيقطع إن أقر مرة أو شهد رجلان الخ تأمل (قوله وإليه رجع الثانى) أى أبو يوسف ، وكان أولا يقول لايقطع إلا إذا أقر مرتين فى مجلسين مختلفين كما فى الزيلعى (قوله ومن المتأخرين من أفتى بصحته) مقتضى صنيعه أن ذلك صحيح فى حق القطع ، ولا يخفى مافيه لأن القطع حد يسقط بالشبهة والإنكار

ظهيرية . زاد القهسعانى معزياً لخزانة المفتين : ويحل ضربه ليقر ، وسنحققه (أو شهد رجلان) ولو عبدا شرط حضرة مولاه ، ولا تقبل على إقراره ولو بحضرته (وسألهما الإمام كيف هى وأين هى وكم هى ؟) زاد فى الدرر : وما هى ومتى هى (وممن سرق وبيناها) احتيالا للدرء ، ويحبسه حتى يسأل عن الشهود لعدم الكفالة فى الحدود، ويسأل المقر عن الكل إلا الزمان . وما فى الفتح إلا المكان تحريف نهر .

(وصح رجوعه عن إقراره بها) وإن ضمن المال ، وكذا لو رجع أحدهم أو قال هومالى أو شهدا على إقراره بها وهو يجحد أو يسكت فلا قطع شرح وهبانية .

(فإن أقر بها ثم هرب ، فإن فى فوره لايتبع بخلاف الشهادة) كذا نقله المصنف عن الظهيرية ونقله شارح الوهبانية بلا قيد الفورية .

أعظم شبهة مع أنه سيأتى أنه لاقطع بنكول عن اليمين ، وأنه لو أقر ثم هرب لايتبع ، فيتعين حمل ماذكره على صحته فى حق الضمان (قوله أو شهد رجلان) فلا يقبل رجل وامرأتان للقطع بل للمال ، وكذا الشهادة على الشهادة كما فى كافى الحاكم (قوله ولو عبدا) تعميم للضمير فى عليه المقدر بعد قوله أو شهد رجلان ، وسيأتى الكلام على سرقة العبد فى الباب الآتى (قوله وسألهما الإمام كيف هى) ليعلم أنه أخرج من الحرز أو ناول من هو خارج وأين هى ليعلم أنها ليست فى دار الحرب؟ وكم هى ليعلم أنها نصاب أم لا ؟ (قوله زاد فى الدرر) نقله فى البحر أيضا عن الهداية وقال : السؤال عن الماهية لإطلاقها على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة ، وعن الزمان لاحتمال التقادم. زاد فى الكافى أنه يسألهما عن المسروق ، إذ سرقة كل مال لاتوجب القطع (قوله وممن سرق) ليعلم أنه ذو رحم محرم منه أم لا (قوله وبيناها) أى المذكورات ، وهو عطف على قوله وسألهما (قوله احتيالا) علة للسؤال (قوله ويحبسه حتى يسأل عن الشهود) أى عن عدالتهم . قال فى الشرنبلالية : يشير إلى ماقاله الكمال أن القاضى لوعرف الشهود بالعدالة له قطعه اه ولعله على القول بأن القاضى يقضى بعلمه وهو خلاف المختار الآن اه وهذا اشتباه، فإن قضاءه بالقطع بالبينة لابعلمه ، وعلمه بعدالة الشهود المتوقف عليها القضاء بالقطع ليس قضاء به حموى .

قلت : على أنه مر فى الباب السابق أن فى حقوقه تعالى يقضى القاضى بعلمه اتفاقا ، وقد صرح فى البحر عن الكشف بأن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص (قوله لعدم الكفالة فى الحدود) لأنه إذا جاء أخذ الكفيل بالنفس لايحبس (قوله إلا الزمان) لأن تقادم العهد لايمنع صحة الإقرار بها نوح عن المبسوط والمحيط . واعترضه الحموى بأنه يجوز أن تكون السرقة فى صباه فلا يحد .

قلت : لكن قال فى حاوى الزاهدى : لو ثبتت السرقة بالإقرار لايلزم السؤال عن زمانها حتى قال فى [أسنع] لو قال سرقت فى زمان الصبا يقطع ولا يلتفت إلى قوله اه ولفظ أسنع رمز لكتاب الأسرار (قوله إلا المكان) المناسب وإلا المكان بالعطف لأنه فى الفتح استثنى الزمان والمكان (قوله تحريف) أى لجواز أن يكون فى دار الحرب ، والمراد أن ذكر المكان فى عبارة الفتح غير صحيح (قوله وكذا لو رجع أحدهم) أى أحد السارقين المقرين (قوله أو قال) أى أحد السارقين (قوله أو شهدا على إقراره) أى إقرار السارق (قوله فلا قطع) أى في المسائل الثلاث، أما فى الأوليين فلأنه إذا سقط عن البعض لشبهة سقط عن الباقين كما فى الكافى، والرجوع ودعوى الملك شبهة . وأما فى الثالثة فلأن جحود الإقرار بمنزلة الرجوع ، وهو لو أقر صريحا يصح رجوعه ، فكذا لو شهدا على إقراره ،والسكوت فى باب الشهادة جعل إنكارا حكما كما ذكره المصنف (قوله ونقله شارح الوهبانية الخ)حاصل مانقله عن المبسوط أنه لوأقر ثم هرب لم يقطع ولو فى فوره لأن الهرب دليل الرجوع ولورجع

(ولا قطع بنكول وإقرار مولى على عبده بها وإن لزم المال) لإقراره على نفسه (و) السارق (لايفتى بعقوبته) لأنه جور تجنيس ، وعزاه القهستانى للواقعات معللا بأنه خلاف الشرع ، ومثله فى السراجية . ونقل عن التجنيس عن عصام أنه سئل عن سارق ينكر ؟ فقال عليه اليمين ، فقال الأمير سارق ويمين ؟ هاتوا بالسوط ، فما ضربوه عشرة حتى أقر فأتى بالسرقة فقال : سبحان الله ما رأيت جورا أشبه بالعدل من هذا . وفى إكراه البزازية : من المشايخ من أفتى بصحة إقراره بها مكرها . وعن الحسن : يحل ضربه حتى يقر مالم يظهر العظم . ونقل المصنف عن ابن العز الحنفى : صح «أنه عليه الصلاة والسلام أمر الزبير بن العوام بتعذيب بعض المعاهدين حين كتم كنز حيي ابن أخطب ففعل فدلهم على المال » قال وهو الذى يسع الناس ، وعليه العمل ، وإلا فالشهادة على السرقات أندر

لايقطع ، فكذا إذا هرب بل يضمن المال . وأما لو هرب بعد الشهادة ولو قبل الحكم ، فإن أخذ فى فوره قطع وإلا لا ، فإن حد السرقة لا يقام بالبينة بعد التقادم ، والعارض فى الحدود بعد القضاء قبل الاستيفاء كالعارض قبل القضاء اه وبه ظهر أن قول المصنف تبعا للظهيرية ، فإن فى فوره لايقطع صوابه ولو فى فوره ليعلم أنه بعد التقادم لايقطع أيضا . وأجيب بأنه قيد بالفورية ليصح قوله بخلاف الشهادة لأنه بعد التقادم لا يخالف الإقرار الشهادة فى عدم القطع . على أنه إذا كان لايقطع بالهرب فى فور الإقرار لايقطع بعد التقادم فيه بالأولى كما أفاده ح لكن لايخفى مافى العبارة من الإيهام ، والعبارة المحررة عبارة كافى الحاكم ، وهى : وإذا أقر بالسرقة ثم هرب لم يطلب وإن كان ذلك بشهود طلب مادام فى فور ذلك (قوله ولا قطع بنكول) أى لنكول السارق عن الحلف عند القاضى (قوله لإقراره على نفسه) علة للزوم المال فى المسألتين لأن النكول إقرار معنى ، وإقرار السيد على عبد يوجب توجه المطالبة على نفسه أفاده ط (قوله ونقل) أى فى القهستانى ومثله فى الذخيرة ، وهو تأييد لما قبله حيث سماه جورا شبيها بالعدل .

مطلب ترجمة عصام بن يوسف

(قوله عن عصام) هو عصام بن يوسف من أصحاب أبى يوسف ومحمد ، ومن أقران محمد بن سماعة وابن رستم وأبى حفص البخارى (قوله أنه سئل) أى سأله حبان بن جبلة أمير بلخ رملى (قوله سارق ويمين) تعجب من طلب اليمين منه فإنه لايبالى لإقدامه على ماهو أشد جناية لكن الشرع لم يعتبر هذا (قوله فقال) أى عصام (قوله مارأيت جورا الخ) سماه جورا باعتبار الصورة وإلا فهو عدل حيث توصل به إلى إظهار الحق ، وتقدم أن للقاضى تعزير المتهم وقدمنا بيانه (قوله بصحة إقراره بها مكرها) أى فى حق الضمان لافى حق القطع كما قدمناه (قوله وعن الحسن) هو ابن زياد من أصحاب الإمام (قوله يحل ضربه الخ) لم يصرح الحسن به بل هو مفهوم كلامه .

مطلب فى جواز ضرب السارق حتى يقر

قال فى البحر : وسأل الحسن بن زياد : أيحل ضرب السارق حتى يقر ؟ قال : مالم يقطع اللحم لا يتبين العظم ولم يزد على هذا اه كلام البحر ، وهو ضرب مثل : أى مالو لم يعاقب لاتظهر السرقة ، ففى عبارة الشارح سقط من الكاتب أو من قلمه بدليل أنه فى شرحه على الملتقى ذكر عبارة الحسن على وجهها فلم يكن ماهنا تصرفا منه بسوء فهمه إذ لم نعهد هذا الشارح الفاضل وصل فى البلادة إلى مازعمه من هو مولع بالاعتراض عليه فافهم (قوله عن ابن العز) أى فى كتابه التنبيه على مشكلات الهداية ، حيث قال : الذى عليه جمهور الفقهاء فى المتهم بسرقة ونحوها أن ينظر ، فإما أن يكون معروفا بالبر لم تجز مطالبته ولا عقوبته ، وهل يحلف ؟ قولان . ومنهم من قال

الأمور . ثم نقل عن الزيلعى فى آخر باب قطع الطريق جواز ذلك سياسة ، وأقره المصنف تبعا للبحر وابن الكمال . زاد فى النهر : وينبغى التعويل عليه فى زماننا لغلبة الفساد ، ويحمل مافى التجنيس على زمانهم ، ثم نقل المصنف قبله عن القنية : لو كسر سنه ويده ضمن الشاكى أرشه كالمال ، لالوحصل ذلك بتسوّره الجدار أو مات بالضرب لندوره .

وعن الذخيرة : لو صعد السطح ليفر خوف التعذيب فسقط فمات ثم ظهرت السرقة على يد آخر كان للورثة أخذ الشاكى بدية أبيهم وبما غرمه للسلطان لتعديه فى هذا التسبب ، وسيجىء فى الغصب .

يعزر متهمه ، وإما أن يكون مجهول الحال فيحبس حتى يكشف أمره ، قيل شهرا ، وقيل باجتهاد ولىّ الأمر . وإن كان معروفا بالفجور ، فقالت طائفة يضربه الوالى أو القاضى . وقالت طائفة يضربه الوالى دون القاضى . ومنهم من قال لايضربه ، وقد ثبت فى الصحيح « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر الزبير بن العوام أن يمس بعض المعاهدين بالعذاب لما كتم إخباره بالمال الذى كان صلى الله عليه وسلم قد عاهدهم عليه ، وقال له أين كنز حيي ابن أخطب ؟ فقال : يامحمد أنفذته النفقات والحروب ، فقال : المال كثير والمسألة أقرب ، وقال للزبير : دونك هذا فمسه الزبير بشىء من العذاب فدلهم على المال » وهو الذى يسع الناس وعليه العمل الخ ، وتمامه فى المنح (قوله ثم نقل) أى المصنف ، وقوله جواز ذلك : أى جواز ضرب المتهم حيث قال نقلا عن الزيلعى .

ومنها : أى ومن السياسة ماحكى عن الفقيه أبى بكر الأعمش أن المدعى عليه إذا أنكر فللإمام أن يعمل فيه بأكبر رأيه ، فإن غلب على ظنه أنه سارق وأن المسروق عنده عاقبه ويجوز ذلك ، كما لو رآه الإمام مع الفساق فى مجلس الشرب ، وكما لو رآه يمشى مع السراق ، وبغلبة الظن أجازوا قتل النفس ، كما إذا دخل عليه رجل شاهرا سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله اهـ (قوله لغلبة الفساد) تمام عبارة النهر : وكيف يؤتى للسارق ليلا بالبينة بل ولا فى النهار اهـ يعنى لا يتوقف جواز ضربه على إقامة البينة حيث كان من أهل التهمة ، وتقدم فى التعزير أن للقاضى تعزير المتهم ، وقدمنا هناك عن ابن القيم حكاية الإجماع على ذلك ، وقد سمعت آنفا تصريح الزيلعى بأن هذا من السياسة ، وبه يعلم أن للقاضى فعل السياسة (قوله ويحمل ما فى التجنيس) وهو ماقدمه المصنف من أنه لايفتى بعقوبة السارق (قوله لو كسر سنه) بضم أوله مبنيا للمجهول ، وأصل العبارة : لو شكا للوالى بغير حق فأتى بقائد فضرب المشكو عليه فكسر سنه أو يده الخ (قوله كالمال) أى كما يضمن لو غرمه الوالى مالا (قوله لا لو حصل) أى لا يضمن الأرش لو حبسه الوالى فهرب وتسوّر جدار السجن فحصل ما ذكر من كسر سنه أو يده أو مات بضرب القائد (قوله كان للورثة أخذ الشاكى بدية أبيهم) الظاهر أنه لا ينافى مامر عن القنية لتعليله بظهور تعديه هنا : أى حيث ظهرت السرقة على يد آخر ، بخلاف مامر تأمل (قوله لتعديه فى هذا التسبب) قال فى الذخيرة بعد عزوه المسألة لمجموع النوازل : قيل هذا الجواب مستقيم فى حق الغرامة أصله السعاية غير مستقيم فى حق الدية لأنه صعد السطح باختياره ، وقيل هو مستقيم فى الدية أيضا لأنه مكره على الصعود للفرار من حيث المعنى اهـ وقوله أصله السعاية ، أى أن الأصل فى ذلك تضمينهم الساعى إذا كان بغير حق (قوله وسيجىء فى الغصب) حيث قال متنا وشرحا : لو سعى إلى سلطان بمن يؤذيه والحال أنه لايدفع بلا رفع إلى السلطان أو سعى بمن يباشر الفسق ولا يمتنع بنهيه أو قال لسلطان قد يغرم وقد لايغرم أنه قد وجد كنزا فغرمه السلطان شيئا لايضمن فى هذه المذكورات ، ولو غرم السلطان البتة بمثل هذه السعاية ضمن ، وكذا يضمن لو سعى بغير حق عند محمد زجرا له : أى للساعى ، وبه يفتى وعزر ، ولو الساعى عبدا طولب بعد عتقه ، ولو مات الساعى

(قضى بالقطع ببينة أو إقرار فقال المسروق منه هذا متاعه لم يسرقه منى) وإنما كنت أودعته (أو قال شهد شهودى بزور أو أقر هو بباطل وما أشبه ذلك فلا قطع) وندب تلقينه كى لايقر بالسرقة (كما) لاقطع (لو شهد كافران على كافر ومسلم بها فى حقهما) أى الكافر والمسلم ظهيرية :

(تشارك جمع وأصاب كلا قدر نصاب قطعوا وإن أخذ المال بعضهم) استحسانا سدا لباب الفساد ، ولو فيهم صغير أو مجنون أو معتوه أو محرم لم يقطع أحد :

(وشرط للقطع حضور شاهديها وقته) وقت القطع (كحضور المدعى) بنفسه (حتى لو غابا أو ماتا لاقطع) وهذا فى كل حد سوى رجم وقود بحر :

فللمسعى به أن يأخذ قدر الخسران من تركته هو الصحيح جواهر الفتاوى . ونقل المصنف أنه لو مات المشكو عليه بسقوطه من سطح لخوفه غرم الشاكى ديته ، لا لو مات بالضرب لندوره ، وقد مر فى باب السرقة اه :

قلت : أنت خبير بأن ماذكره في باب السرقة مخالف لما عزاه إليها :

مطلب فى ضمان الساعى

ثم حاصل ماذكره من ضمان الساعى أنه لو سعى بحق لايضمن ولو بلا حق ، فإن كان السلطان يغرم بمثل هذه السعاية البتة يضمن ، وإن كان قد يغرم وقد لايغرم لايضمن : والفتوى على قول محمد من ضمان الساعى بغير حق مطلقا ويعزر ، بل قدمنا إباحة قتله ، بل أفتى بعض مشايخ المذهب بكفره (قوله لم يسرقه منى) المناسب عطفه بأو لأنه مسألة ثانية . ففى كافى الحاكم : أو قال لم يسرقه منى وإنما كنت أودعته (قوله فلا قطع) أما لو قال عفوت عنه لم يبطل القطع كافى الحاكم : أى لأن القطع محض حقه تعالى فلا يملك إسقاطه ، بخلاف ماقبله لأنه ثبت فى ضمن ثبوت حق العبد ، وقد بطل بإقراره فبطل مافى ضمنه تأمل (قوله وندب تلقينه) المناسب ذكره عند قوله إن أقربها : أى ندب للإمام أن يلقنه كافى ، لما أخرجه أبو داود « أنه صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع ، فقال صلى الله عليه وسلم : ماإخالك سرقت ، قال بلى يارسول الله فأعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع » وتمامه فى الفتح (قوله فى حقهما) متعلق بلا قطع ح : أى لاقطع فى حق الكافر ولا فى حق المسلم ، ولعل وجهه أنها سرقة واحدة فلما بطلت الشهادة فى حق المسلم بطلت فى حق الكافر . وأما الضمان فلا شك فى انتفائه عن المسلم ، وهل يضمن الكافر حصته منها ؟ الظاهر نعم :

قلت : وفى كافى الحاكم : لو شهد رجلان على رجلين بسرقة وأحد السارقين غائب قطع الحاضر ، فإن جاء الغائب لم يقطع حتى تعاد عليه تلك البينة أو غيرها فيقطع اه فلينظر الفرق بين المسألتين ، ولعل وجهه أن الكافر ليس أهلا للشهادة على المسلم ، بخلاف شهادة المسلم على الغائب فإن المانع من قبولها الغيبة لاعدم الأهلية (قوله تشارك جمع) أى في دخول الحرز بقرينة قوله وإن أخذ المال بعضهم : قال فى الفتح : وإنما وضعها فى دخول الكل ، لأنه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا بعد ذلك فى فعل السرقة لايقطع إلا الداخل إن عرف بعينه ، وإن لم يعرف عزروا كلهم وأبد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم اه وقيد بقوله وأصاب كلا نصاب(١) لأنه لو أصابه أقل لم يقطع ، بل يضمن ماأصابه من ذلك جوهرة (قوله استحسانا) والقياس أن يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر والأئمة الثلاثة فتح (قوله أو محرم) أى ذو رحم محرم من المسروق منه بحر (قوله لم يقطع أحد) أطلقه فشمل مالإذا تولى الأخذ الكبار العقلاء خلافا لأبى يوسف كما فى الزيلعى (قوله لا قطع) هذا قول أبى حنيفة الأول ، وقوله الأخير يقطع كما يأتى قريبا ، وبه صرح فى التاترخانية وغيرها (قوله سوى رجم) فى بعض النسخ

---

(١) (قوله كلا نصاب) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والذى فى المتن بأيدينا : كلا قدر نصاب كما ترى اه مصححه .

قلت : لكن نقل المصنف فى الباب الآتى تصحيح خلافه فتنبه :

(ويقطع بساج وقنا وأبنوس) بفتح الباء (وعود ومسك وأدهان وورس وزعفران وصندل وعنبر وفصوص خضر) أى زمرذ (وياقوت وزبرجد ولؤلؤ ولعل وفيروزج وإناء وباب) غير مركب ولو متخذين (من خشب،

سوى جلد وهى الصواب ، وإن كان الأول هو الذى فى الفتح والبحر والنهر نقلا عن كافى الحاكم ، فقد رده فى الشرنبلالية بأنه مخالف لما قدموه فى حد الزنا بالرجم من أنه إذا غاب الشهود أو ماتوا سقط الحد فيتجه استثناء الجلد فإنه يقام حال الغيبة والموت ، بخلاف الرجم لاشتراط بداءة الشهود به :

وعبارة كافى الحاكم فى الحدود مصرحة بذلك ، وكذلك عبارته فى السرقة ، ونصها : وإذا كان : أى المسروق منه حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع أيضا حتى يحضروا . وقال أبو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول صاحبيه ، وكذلك الموت ، وكذلك هذا فى كل حد وحق سوى الرجم ، ويمضى القصاص وإن لم يحضروا استحسانا لأنه من حقوق الناس اهـ فهذا تصريح الحاكم فى الحدود والسرقة بما قلنا فليتنبه له اهـ :

قلت : والظاهر أن نسخة الكافى التى وقعت لصاحب الفتح سقط منها قوله وقال أبو حنيفة إلى قوله وكذلك الموت فوقع الخلل فى اشتراط حضور الشاهدين وفى استثناء الرجم ، لأن الاستثناء وقع من القول الأخير الذى رجع إليه الإمام فكان العمل عليه ، لأن مارجع عنه المجتهد بمنزلة المنسوخ ، ولذا صرح فى شرح الوهبانية بتصحيح قوله الأخير ، فجزى الله تعالى الشرنبلالى خيرا على هذا التنبيه الحسن (قوله تصحيح خلافه) أى خلاف قوله لاقطع وهذا هو الصواب كما علمت (قوله ويقطع بساج) قال الزمخشرى : الساج خشب أسود رزين يجلب من بلاد الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان مثل نار ونيران . وقال بعضهم : الساج يشبه الأبنوس ، وهو أقل سوادا منه مصباح (قوله وقنا) بالفتح والقصر : هو الرمح (قوله بفتح الباء) كذا فى البحر عن الطلبة ، ومثله فى الفتح والنهر . ورأيت فى المصباح ضبطه بضمها وقال إنه خشب معروف ، وهو معرّب ، ويجلب من الهند ، واسمه بالعربية سأسم بهمزة وزان جعفر (قوله وعود) بالضم الخشب جمعه عيدان وأعواد وآلة من المعازف قاموس :

قلت : والمراد هنا الأول وهو الطيب لأن آلة اللهو لاقطع بها كما يأتى (قوله وأدهان) جمع دهن كزيت وشيرج (قوله وورس) نبت أصفر يزرع باليمن ويصبغ به قيل هو صنف من الكركم ، وقيل يشبهه مصباح (قوله وصندل) خشب معروف طيب الرائحة (قوله وفصوص خضر) قيد الخضر اتفاقى در منتقى (قوله وزبرجد) جوهر معروف ، ويقال هو الزمرذ مصباح (قوله ولعل) بالتخفيف : مايتخذ منه الحجر الأحمر غير الزنجفر والدودة ، ويطلق على نوع من الزمرذ ط : وفى بعض النسخ : لعلع وهو شجر حجازى كما فى القاموس تأمل (قوله غير مركب) احترز به عن باب الدار المركب فإنه لايقطع به كما يأتى ثم إنه يشترط للقطع هنا أن يكون فى الحرز وأن يكون خفيفا لايثقل حمله على الواحد لأنه لايرغب فى سرقة الثقيل من الأبواب كما فى الهداية والزيلعى :

قال فى الفتح : ونظر فيه بأن ثقله لاينافى ماليته ولا ينقصها ، وإنما تقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ، ولو صح هذا امتنع القطع فى فردة حمل من قماش ونحوه ، وهو منتف ولذا أطلق الحاكم فى الكافى القطع اهـ : وأجيب بأنه إنما يرد لو لم يقل الثقيل من الأبواب :

قلت : لايخفى أن هذا هو منشأ النظر فافهم (قوله ولو متخذين) أى الإناء والباب أشار به إلى أن قوله من خشب غير قيد لأن المراد مادخلته الصنعة فالتحق بالأموال النفيسة ، بخلاف الأوانى المتخذة من الحشيش

وكذا بكل ماهو من أعز الأموال وأنفسها ولا يوجد فى دار العدل مباح الأصل غير مرغوب فيه) هذا هو الأصل (لا) يقطع (بتافه) أى حقير (يوجد مباحا فى دارنا كخشب لايحرز) عادة (وحشيش وقصب وسمك و) لو مليحاً و (طير) ولو بطا أو دجاجاً فى الأصح غاية (وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة) زاد فى المجتبى : وأشنان وفحم وملح وخزف وزجاج لسرعة كسره (ولا بما يتسارع فساده كلبن ولحم) ولو قديدا وكل مهيأ لأكل كخبز، وفى أيام قحط لاقطع بطعام مطلقا شمنى (وفاكهة رطبة

والقصب فلا قطع بها لأن الصنعة لم تغلب فيها حتى لاتتضاعف قيمتها ولا تحرز ، حتى لو غلبت كأوانى اللبن والماء من الحشيش فى بلاد السودان يقطع بها لما ذكرنا ، وكذا الحصر البغدادية لغلبة الصنعة على الأصل ، أفاده فى البحر ومثله فى الزيلعى (قوله ولا يوجد فى دار العدل الخ) الأولى التعبير بدار الإسلام . قال فى الفتح : فأما كونها توجد فى دار الحرب فليس شبهة فى سقوط القطع ، لأن سائر الأموال حتى الدنانير والدراهم مباحة فى دار الحرب ومع هذا يقطع فيها فى دارنا اه (قوله لايقطع بتافه الخ) أى إذا سرق من حرز لاشبهة فيه بعد أن أخذ وأحرز وصار مملوكا فتح (قوله يوجد مباحا فى دارنا) أى يوجد جنسه مباحا فى الأصل بصورته الأصلية ، بأن لم يحدث فيه صنعة متقومة غير مرغوب فيه ، فخرج بصورته الأبواب والأوانى من الخشب ، وبغير مرغوب فيه نحو المعادن من الذهب والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الأحجار فيقطع لكونها مرغوبا فيها . وعلى هذا نظر بعضهم فى الزرنيخ : بأنه ينبغى القطع به لإحرازه فى دكاكين العطارين كسائر الأموال ، بخلاف الخشب لأنه إنما يدخل الدور للعمارة فكان إحرازه ناقصا ، بخلاف الساج والأبنوس .

واختلف فى الوسمة والحناء والوجه القطع لإحرازه عادة فى الدكاكين ، كذا فى الفتح ، ومفاده اعتبار العادة فى الإحراز (قوله لايحرز عادة) احتراز عن الساج والأبنوس .

قلت : وقد جرت العادة إحراز بعض الخشب كالمخروط والمنشور دفوفا وعواميد ونحو ذلك ، فينبغى القطع به كما يفيده مامر تأمل (قوله ولو مليحا) بتشديد اللام ، ودخل فيه الطرى بالأولى (قوله وطير) لأن الطير يطير فيقل إحرازه فتح (قوله وصيد) هو الحيوان الممتنع المتوحش بأصل خلقته إما بقوائمه أو بجناحيه ، فالسمك ليس منه ابن كمال (قوله وزرنيخ) بالكسر فارسى معرب مصباح (قوله ومغرة) بفتح الميم وسكون الغين المعجمة وتحرك : الطين الأحمر ، وظاهر كلام الصحاح والقاموس أن التسكين هو الأصل والتحريك خلافه ، وظاهر المصباح العكس نوح (قوله ونورة) بضم النون حجر الكلس ، ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره ، ويستعمل لإزالة الشعر مصباح ، وكذا ضبطها بالضم فى القاموس (قوله وخزف وزجاج) الخزف : كل ماعمل من طين وشوى بالنار حتى يكون فخارا قاموس . قال فى الفتح : ولايقطع فى الآجر والفخار لأن الصنعة لاتغلب فيها على قيمتها . وظاهر الرواية فى الزجاج أنه لايقطع لأنه يسرع إليه الكسر فكان ناقص المالية . وعن أبى حنيفة : يقطع كالخشب إذا صنع منه الأوانى اه . وفى الزيلعى : ولاقطع فى الزجاج لأن المكسور منه تافه والمصنوع منه يتسارع إليه الفساد اه .

قلت : وظاهره أنه لايقطع فى الزجاج وإن غلبت عليه الصنعة ، وهل يقال مثله فى الصينى والبلور مع أنه قد يبلغ بالصنعة نصبا كثيرة ، ومفهوم علة الفخار أنه يقطع به تأمل (قوله وكل مهيأ لأكل) أما غير المهيأ مما لايتسارع إليه الفساد كالحنطة والسكر فانه يقطع فيه إجماعا كما فى الفتح (قوله مطلقا) ولو غير مهيأ لأنه عن ضرورة ظاهرا وهى تبيح التناول فتح (قوله وفاكهة رطبة) كالعنب والسفرجل والتفاح والرمان وأشباه ذلك

وثمر على شجر وبطيخ) وكل مالا يبقى حولا (وزرع لم يحصد) لعدم الإحراز (وأشربة مطربة) ولو الإناء ذهباً (وآلات لهو) ولو طبل الغزاة فى الأصح ، لأن صلاحيته للهو صارت شبهة غاية (وصليب ذهب أو فضة وشطرنج ونرد) لتأويل الكسر نهيا عن المنكر (وباب مسجد) ودار لأنه حرز لامحرز

ولو كانت محروزة (١) فى حظيرة عليها باب مقفل. وأما الفواكه اليابسة كالجوز واللوز فإنه يقطع فيها إذا كانت محرزة جوهرة (قوله وثمر على شجر) لأنه لاإحراز فيما على الشجر ولو كان الشجر فى حرز ، لما فى كافى الحاكم ، وإن سرق التمر من رؤوس النخل فى حائط محرز أوحنطة فى سنبلها لم تحصد لم يقطع ، فإن أحرز التمر فى حظيرة عليها باب أو حصدت الحنطة وجعلت فى حظيرة فسرق منها قطع ، وكذلك إن كانت فى صحراء وصاحبها يحفظها اه (قوله وأشربة مطربة) أى مسكرة . والطرب : استخفاف العقل من شدة حزن وجزع حتى يصدر عنه مالايليق كما تراه من صياح الثكالى وضرب خدودهن وشق جيوبهن ، أوشدة سرور توجب ماهو معهود من الثمالى . ثم الشراب إن كان حاوا فهو مما يتسارع إليه الفساد ، أومرا فإن كان خمرا فلا قيمة لها أوغيره ففى تقويمه خلاف ولتأول السارق فيه الإراقة ، فتثبت شبهة الإباحة ، وتمامه فى الفتح . وشمل ماإذا كان السارق مسلما أوذميا كما فى البحر (قوله ولو الإناء ذهبا) أى على المذهب ؛ لأن الإناء تابع ولم يقطع فى المتبوع فكذا فى التبع وفى رواية عن أبى يوسف أنه يقطع ، وهو قول الأئمة الثلاثة ، ورجحه فى الفتح فيما تعاين ذهبيته بأن الظاهر أن كلا مقصود بالأخذ بل أخذ الإناء أظهر : واستشهد بما فى التجنيس : سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع ، وهو نظير ماتقدم فيمن سرق ثوبا لايساوى عشرة مصرور عليه (٢) عشرة يقطع إذا علم أن عليه مالا ، بخلاف ماإذا لم يعلم اه ملخصا ، وأقره فى البحر (قوله وآلات لهو) أى بلا خلاف لعدم تقومها عندهما حتى لايضمن متلفها . وعنده وإن ضمنها لغير اللهو إلا أن يتأول آخذها للنهى عن المنكر فتح (قوله وصليب) هو بهيئة خطين متقاطعين ، ويقال لكل جسم صليب فتح (قوله وشطرنج) بكسر الشين فتح ،قيل هو عربى ، وقيل معرّب ،وهو داخل فى آلات اللهو ،وكذا النرد بفتح النون (قوله لتأويل الكسر الخ) علة للثلاثة . وعن أبى يوسف : يقطع بالصليب لو فى يد رجل فى حرز لاشبهة فيه ، لالو فى مصلاهم لعدم الحرز وجوابه ماقلنا من تأويل الإباحة فتح .

قلت : لكن هذا التأويل لايظهر فيما لوكان السارق ذميا . ثم رأيت فى الذخيرة ذكرها هذا التفصيل عن أبى يوسف فى الذمى . ووجهه ظاهر لأن مصلاهم بمنزلة المسجد . فلذا لم يقطع ، بخلاف الحرز فيقطع لأنه لاتأويل له ؛ إلا أن يقال تأويل غيره يكفى فى وجود الشبهة فلا يقطع تأمل . وفى النهر : ولو سرق دراهم عليها تمثال قطع لأنه إنما أعد للتمول فلا يثبت فيه تأويل (قوله لأنه حرز لامحرز) أفاد أن الكلام فى الباب الخارج فلو داخل الدار فهو محرز فيقطع به أفاده ط .

قلت : وهذا إذ لم يكن ثقيلا على مامر عن الهداية في غير المركب . وظاهره أن باب المسجد حرز وليس كذلك ؛ فالأولى تعليل الهداية بقوله : ولايقطع فى أبواب المسجد لعدم الإحراز ، فصار كباب الدار بل أولى لأنه يحرز بباب الدار مافيها ، ولا يحرز بباب المسجد مافيه حتى لايجب القطع بسرقة متاعه اه . زاد فى البحر : وكذا أستار الكعبة وإن كانت محرزة لعدم المالك .

---

(١) (قوله ولو كانت محروزة) هكذا بخطه ، ولعل صوابه محرزة لأنه من أحرز ، كما يدل عليه سابق الكلام ولاحقه اه .

(٢) (قوله مصر ور عليه) هكذا بخطه ، ولعل صوابه مصرورا بالنصب صفة لقوله ثوبا اه مصححه .

(ومصحف وصبى حر) ولو (محليين) لأن الحلية تبع (وعبد كبير) يعبر عن نفسه ولو نائماً أو مجنونا أو أعمى، لأنه إما غصب أو خداع (ودفاتر) غير الحساب، لأنها لو شرعية ككتب تفسير وحديث وفقه فكمصحف، وإلا فكطنبور (بخلاف) العبد (الصغير ودفاتر الحساب) الماضى حسابها، لأن المقصود ورقها فيقطع إن بلغ

[تنبيه] قال فى فخر الإسلام: لو اعتاد سرقة أبواب المسجد يجب أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب قال فى البحر: وينبغى أن يكون كذلك سارق البزابيز من الميض اه. قال ط: وكذا سارق نعال المصلين اه.

قلت: بل كل سارق انتفى عنه القطع لشبهة ونحوها تأمل (قوله ومصحف) مثلث الميم قاموس والضم أشهر مصباح، لأن الآخذ يتأول فى أخذه القراءة والنظر فيه، ولأنه لامالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لاللجلد والأوراق هداية، والإطلاق يشمل الكافر وغير القارئ (قوله واومحليين) قال نوح أفندى فى حاشية الدرر: هذا اللفظ فى أكثر النسخ بالياءين، ولكن الصواب أن يكون بياء واحدة كما يظهر من الصرف اه ومثله فى شرح درر البحار (قوله لأن الحلية تبع) وعن أبى يوسف: يقطع فى المصحف المحلى. وعنه أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصابا كما قال فى حلية الصبى. قال فى الفتح: والخلاف فى صبى لايمشى ولايتكلم، فلو كان يمشى ويتكلم ويميز لاقطع إجماعا لأنه فى يد نفسه وكان أخذه خداعا ولاقطع فى الخداع (قوله يعبر عن نفسه) فالمراد بالكبير المميز المعبر عن نفسه بالغا كان أوصبيا بحر (قوله لأنه إما غصب) أى إن أخذه بالقهر أوخداع أى إن أخذه بالحيلة وكلاهما غير سرقة ط (قوله ودفاتر) جمع دفتر بالفتح وقد يكسر: جماعة الصحف المضمومة قاموس (قوله فكمصحف) أى فى تأويل أخذها للقراءة، وكون المقصود مافيها ولامالية له (قوله وإلافكطنبور) أى فى تأويل أخذها لإزالة مافيها نهيا عن المنكر.

والحاصل: إنه لايقطع بكتب علوم شرعية أوغيرها قال القهستانى، فيشمل: أى الدفتر المصحف وكتب العلوم الشرعية والآداب ودواوين فيها حكمة دون مافيها أشعار مكروهة وكتب العلوم الحكميه فإنهما داخلان فى آلات لهو كما أشار إليه فى الزاد وغيره اه. ثم نقل قولا آخر بالقطع بكتب الأدب والشعر، لكن قال فى الفتح والبحر: شمل مثل كتب السحر ومثل كتب العربية واختلف فى غيرها: أى غير كتب الشريعة من العربية والشعر، فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها. وقيل بكتب الشريعة لأن معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر، والحاجة وإن قلت كفت فى إيراث الشبهة اه فتعليل القول الثانى يفيد ترجيحه. ثم قال: ومقتضى هذا أنه لايختلف فى القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لايقصد مافيها لأهل الديانة فكانت سرقة صرفا اه. زاد فى النهر: وينبغى أن ينظر فى الآخذ لكتب السحر والفلسفة، فإن كان مولعا بذلك لايقطع للقطع بأن المقصود مافيها اه.

قلت: لكن كلام الفتح يخالفه لأنه جعل كون أهل الديانة لايقصدونها علة لكونها سرقة صرفا، ومعلوم أن السارق لايلزم أن يكون من الذين لايقصدونها بل الغالب أن يكون غيرهم من أهل الشر كالسحرة ونحوهم: فعلم أن الشبهة المسقطة للقطع لايلزم وجودها فى السارق وإلا كانت علة حقيقة لاشبهة العلة، لأن الشبهة مايشبه الثابت وهو ليس بثابت وإلا لزم ثبوت التفصيل المذكور فى كتب الشريعة أيضا، وكذا فى الآت اللهو والطعام فى سنة القحط، ولم نر من عرج عليه، نعم قدمنا عن الذخيرة فى الصليب مايفيده عند أبى يوسف فليتأمل (قوله بخلاف العبد الصغير) لأنه مال منتفع به إن كان يمشى ويعقل أوبعرضية أن يصير كذلك إن كان خلافه، وتمامه فى النهر (قوله والماضى حسابها) أى الذى لم يبق لأحد فيه حلقة فلم يبق إلا كاغد، فإذا بلغت قيمته نصابا

نصاباً ؛ أما المعمول بها فالمقصود علم مافيها وهو ليس بمال فلا قطع ، بلا فرق بين دفاتر تجار وديوان وأوقاف نهر (وكلب وفهد ولو عليه طوق من ذهب علم) السارق (به أولا) لأنه تبع (و) لا (بخيانة) فى وديعة (ونهب) أى أخذ قهرا (واختلاس) أى اختطاف لانتفاء الركن (ونبش) لقبور (ولوكان القبر فى بيت مقفل) فى الأصح (أو) كان (الثوب غير الكفن) وكذا لو سرقه من بيت فيه قبر أو ميت لتأوله بزيارة القبر أو التجهيز وللإذن بدخوله عادة ، ولو اعتاده قطع سياسة (ومال عامة أو مشترك) وحصر مسجد وأستار كعبة ومال وقف لعدم المالك بحر (ومثل دينه

قطع كذا فى تصحيح العلامة قاسم (قوله وكلب وفهد) عطف على مالا قطع فيه بقرينة تنكيره ، ولو قال وبكلب وفهد كما صنع فى الوافى لكان أحسن حموى ، وشمل كلب الصيد والماشية لأنه يوجد من جنسه مباح الأصل ، ولا اختلاف العلماء في ماليته فأورث شبهة بحر ط (قوله فى وديعة) أى تحت يده (قوله أى أخذ قهرا) أى على وجه العلانية (قوله أى اختطاف) أى علانية أيضا فالنهب والاختلاس ، أخذ الشيء علانية ، إلا أن الفرق بينهما من جهة سرعة الأخذ فى جانب الاختلاس ، بخلاف النهب فإن ذلك غير معتبر فيه ط عن أبى السعود (قوله لانتفاء الركن) وهو الحرز فى الخيانة والأخذ خفية فيما بعدها ط (قوله ونبش) أى لاقطع على النباش : وهو الذى يسرق أكفان الموتى بعد الدفن بحر ، لأن الحرز بالقبر أو الميت باطل لأنه لايحفظ نفسه ، والصحراء ليست حرزا ، حتى لو دفن بها مال فسرق لم يقطع . فما فى القنية من أنه لو سرق المدفون بالمفازة قطع ضعيف مقدسى (قوله فى الأصح) لاختلال الحرز بحفر القبر ، وقيل يقطع إذا كان مقفلا قهستانى (قوله ولو اعتاده) أى اعتاد النبش . وفيه إشارة إلى الجواب عما استدل به أبو يوسف والأئمة الثلاثة من حديث « من نبش قطعناه » بحمله على السياسة وتمام تحقيقه فى الفتح (قوله ومال عامة) وهو مال بيت المال فإنه مال المسلمين وهو منهم ، وإذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث شبهة والحدود تدرأ بها بحر (قوله ومشترك(١)) أى بين السارق وبين ذى اليد (قوله وحصر مسجد الخ) أى وإن كانت محرزة كما فى البحر (قوله ومال وقف) ذكره فى البحر بحثا فقال : وأما مال الوقف فلم أر من صرح به ، ولايخفى أنه لايقطع به ، وقد عللوا عدم القطع فيما لو سرق حصر المسجد ونحوها من حرز بعدم المالك ، وتبعه فى النهر . وقال : ولو قيل إن كان الوقف على العامة فماله كبيت المال ، وإن كان على قوم محصورين فلعدم المالك حقيقة لكان حسنا اهـ . ولا يخفى جريان العلة الثانية فيهما ، لكن رده المقدسى والرملى بأنهم صرحوا بأنه يقطع بطلب متولى الوقف ، وسيأتى التصريح به فى الباب الآتى ، وصرح به أيضا ابن مالك فى شرح المنار فى بحث الخاص .

قلت : ولذا والله أعلم علل في الفتح لعدم القطع فى حصر المسجد بعدم الحرز : أى لكون المسجد غير حرز ومفاده أنه يقطع لو سرقها من حرز . والظاهر أن وجهه كون الوقف يبقى على ملك الواقف حكما عند الإمام ، وهذا فى أصل الوقف . وأما الغلة فقد صرحوا بأنها ملك المستحقين ، لكن ينبغى أن يقال إن كان السارق له حق فى الغلة لايقطع بسرقته منها سواء كان وقفا على العامة أو على قوم محصورين لثبوت الشركة ، وكذا وقف المسجد إذا كان للسارق وظيفة فيه ، بخلاف سرقته لحصره وقناديله إذ حقه فى الغلة لا فى الحصر تأمل .

مطلب فى أخذ الدائن من مال مديونه من خلاف جنسه

(قوله ومثل دينه) أى مثله جنسا لاقدرا ولاصفة كما أفاده مابعده (قوله ولو دينه مؤجلا) لأنه استيفاء لحقه والحال والمؤجل سواء فى عدم القطع استحسانا ، لأن التأجيل لتأخير المطالبة والحق ثابت فيصير شبهة دارئة وإن لم يلزمه

---

(١) (قوله المحشى ومشترك) كذا بالأصل المقابل على خطه . والذى فى الشرح : أو مشترك بأو لابالواو كما ترى اهـ مصححه .

ولو) دينه (مؤجلا أو زائدا عليه) أو أجود لصيرورته شريكا (إذا كان من جنسه ولو حكما) بأن كان له دراهم فسرق دنانير وبعكسه هو الأصح، لأن النقدين جنس واحد حكما خلاف العرض ومنه الحلى، فيقطع به مالم يقل أخذته رهنا أو قضاء. وأطلق الشافعي أخذ خلاف الجنس للمجانسة فى المالية. قال فى المجتبى وهو أوسع فيعمل به عند الضرورة (بخلاف سرقته من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون) فإنه يقطع لأن حق الأخذ لغيره :

(ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا كسرقة شيء قطع فيه ولم يتغير)

الإعطاء الآن. ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا أولا خلافا للشافعي، وتمامه فى الفتح (قوله أو زائدا عليه أو أجود) أنت خبير بأن الضمير فى زائد أو أجود عائد على الدين، وفى عليه على المسروق، فالمناسب للتعميم أن يقال أو أنقص منه أو ردأ فيعلم حكم الزائد والأجود بالأولى.

والحاصل أنه لو سرق أكثر من دينه لا يقطع لأنه يصير شريكا فى ذلك المال بمقدار حقه كما فى الفتح، وعلى قياسه يقال فيما لو سرق الأجود تأمل (قوله لأن النقدين جنس واحد حكما) ولهذا كان للقاضي أن يقضى بها دينه من غير رضا المطلوب بحر.

قلت: وهذا موافق لما صرحوا به فى الحجر. ومفاده أنه ليس للدائن أخذ الدراهم بدل الدنانير بلا إذن المديون ولا فعل حاكم، وقد صرح فى شرح تلخيص الجامع فى باب اليمين فى المساومة بأن له الأخذ وكذا فى حظر المجتبى، ولعله محمول على ما إذا لم يمكنه الرفع للحاكم، فإذا ظفر بمال مديونه له الأخذ ديانة بل له الأخذ من خلاف الجنس على ما نذكره قريبا (قوله ومنه الحلى) أى بسبب ما فيه من الصياغة التحق بالعرض (قوله مالم يقل الخ) لأنه لا يكون رهنا أو قضاء لدينه إلا بإذن مالكه فكأنه ادعى أخذه بإذنه فلا يقطع.

وفى الفتح: وعن أبي يوسف لا يقطع بالعروض لأن له الأخذ عند بعض العلماء. قلنا: هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة إلا إن ادعى الرهن أو القضاء.

مطلب يعذر بالعمل بمذهب الغير عند الضرورة

(قوله وأطلق الشافعي أخذ خلاف الجنس) أى من النقود أو العروض لأن النقود يجوز أخذها عندنا على ما قررناه آنفا. قال القهستاني: وفيه إيماء إلى أن له أن يأخذ من خلاف جنسه عند المجانسة فى المالية، وهذا أوسع فيجوز الأخذ به وإن لم يكن مذهبنا، فإن الإنسان يعذر فى العمل به عند الضرورة كما فى الزاهدى اهـ.

قلت: وهذا ما قالوا إنه لا مستند له، لكن رأيت فى شرح نظم الكنز للمقدسى من كتاب الحجر. قال: ونقل جد والدى لأمه الجمال الأشقر فى شرحه للقدورى أن عدم جواز الأخذ من خلاف الجنس كان فى زمانهم لمطاوعتهم فى الحقوق. والفتوى اليوم على جواز الأخذ عند القدرة من أى مال كان لا سيما فى ديارنا لمداومتهم للعقوق:

عفاء على هذا الزمان فإنه زمان عقوق لا زمان حقوق
وكل رفيق فيه غير مرافق وكل صديق فيه غير صدوق

(قوله بخلاف سرقته من غريم أبيه) سقط من بعض النسخ لفظ غريم وهو خطأ (قوله لا) أى لا يقطع، لأن له ولاية أخذ دين ابنه الصغير. بقي لو لم يكن له ولاية لسوء اختياره أو لكونه رقيقا. واستظهر ط أنه كذلك ويظهر لى خلافه تأمل (قوله كسرقة شيء الخ) أى إذا سرق شيئا فقطع فيه فرده إلى مالكه ثم سرقه ثانيا

أما لو تبدل العين أو السبب كالبيع قطع على ما فى المجتبى (أو من ذى رحم محرم لا برضاع) فلو محرميته برضاع قطع كابن عم هو أخ رضاعا فإنه رحم نسباً محرم رضاعا عينى فسقط كلام الزيلعى .

(ولو) المسروق (مال غيره) أى غير ذى الرحم (بخلاف ماله إذا سرق من بيت غيره) فإنه يقطع اعتبارا للحرز وعدمه

ولم يتغير المسروق عن الحالة الأولى لايقطع ، والقياس أنه يقطع ، وهو رواية عن أبى يوسف وقول الأئمة الثلاثة وبيانه فى الفتح (قوله أما لو تبدل العين) كما لو كان غزلا فسرقه فقطع فيه فرده ثم نسج فسرقه فإنه يقطع . وعلى هذا الصوف والقطن والكتان . وكل عين أحدث المالك فيه صنعا بعد القطع لو أحدثه الغاصب ينقطع به حق المالك بحر (قوله كالبيع) أى لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه فسرقه يقطع ثانيا عند مشايخ بخارى وقال مشايخ العراق : لا يقطع . وظاهر الفتح اعتماد الثانى ، وذكر فى النهر مايؤيد الأول (قوله على ما فى المجتبى) أشار به إلى ما ذكرنا من الخلاف ، وهذا القول ذكره فى المجتبى جازما به بلا حكاية خلاف كما ذكره المصنف فى شرحه (قوله أو من ذى رحم محرم) ترجم فى الهداية والكنز لهذه المسائل بقوله : فصل فى الحرز ، وهو كما فى النهر لغة : الموضع الذى يحرز فيه شيء . وشرعا : مايحفظ فيه المال عادة كالدار وإن لم يكن لها باب أو كان وهو مفتوح لأن البناء لقصد الإحراز وكالحانوت والخيمة والشخص اهـ ومثله فى الفتح ، لكن قوله وإن لم يكن لها باب الخ فيه كلام نذكره عند مسألة الفشاش (قوله فسقط كلام الزيلعى) حيث قال وقوله لا برضاع لاحاجة إلى إخراجه لأنه لم يدخل فى ذى الرحم المحرم . ورده فى البحر بأن هذا ظن منه أنه متعلق بالرحم ، وليس كذلك بل متعلق بالمحرم اهـ ح .

قلت : لايظن بالزيلعى أنه ظن ذلك لأن الرحم وهو القرابة النسبية لاتكون بالرضاع أصلا حتى يظن أن قوله لا برضاع تقييد له بل مبنى كلامه على أن المراد بالمحرم ما تكون محرميته من النسب كما هو المتبادر ، وكما عبر به فى الهداية حيث قال ذى رحم محرم منه ، فقوله منه : أى من الرحم تصريح بالمراد ، وعليه فلا يدخل فيه ابن العم الذى هو أخ رضاعا لأنه محرم من الرضاع لا من الرحم . ثم رأيت عبارة الكنز التى شرح عليها الزيلعى بلفظ منه كعبارة الهداية ، فتعين ماقلنا وسقط ماسواه فافهم (قوله بخلاف ماله إذا سرق من بيت غيره) أى إذا سرق مال رحمه المحرم من بيت أجنبى فإنه يقطع لوجود الحرز .

وفى الفتح : ينبغى أن لايقطع لما فى القطع من القطيعة . وأجاب فى البحر بأن القطع حق الشرع لا حقه فلا يكون قطيعة .

واعترضه فى النهر بأنه مشترك الإلزام ، بأنه لو سرق من بيت رحمه المحرم يقطع ولايلزم القطيعة لما ذكر .

قلت : أنت خبير بأنه لايصح القول بالقطع فيه لقيام المانع وهو عدم الحرز ، بخلاف بيت الأجنبى ، نعم ينبغى تقييده بغير قرابة الولاد ، فلا يقطع فى الولاد للشبهة فى ماله على مامر كما فى التبيين والبحر والنهر (قوله اعتبارا للحرز وعدمه) أى قطع فى المسألة الأخيرة اعتبارا للحرز ولم يقطع فيما قبلها اعتبارا لعدمه ، ففيه لف ونشر مشوش . وعلى هذا قال البرجندى : الظاهر أنه لادخل للقرابة ؛ بل المعتبر الحرز ؛ ففى كل موضع كان له أن يدخل فيه بلا مانع ولاحشمة لايقطع سواء كان بينهما قرابة أولا . قال الحموى : وفيه نظر ، فإن الصديقين يدخل أحدهما بيت الآخر بلا مانع ولاحشمة مع أنه يقطع ، فظهر أن للقرابة المحرمية مدخلا .

واعترضه الشيخ أبو السعود بأن هذا فيما لم يؤذن له بدخوله ، حتى لو سرق من محل جرت عادته بدخوله لم يقطع اهـ .

(وبخلاف مرضعته) صوابه مرضعه بلا تاء ابن كمال (مطلقا) سواء سرق من بيتها أو بيت غيرها فإنه يقطع لما مر (و) لا بسرقة (من زوجته) وإن تزوجها بعد القضاء جوهرة (وزوجها ولو كان) المسروق (من حرز خاص له، و) لا (عبد من سيده أو عرسه أو زوج سيدته) للإذن بالدخول عادة (و) لا (من مكاتبه وختنه وصهره و) من (مغنم

قلت: لكن المنقول فى الهداية وغيرها قطع الصديق لأنه عاداه فى السرقة، ولم يفصلوا بين جريان عادة فى الدخول أو عدمه، ويأتى له مزيد بيان عقيبه (قوله ابن كمال) حيث قال: المرضع التى شأنها الارضاع، والمرضعة هى التى فى حال الرضاع ملقمة ثديها للصبى كذا فى الكشاف، فمن قال هنا مرضعة لم يصب اه لأنه لايمكن أن يسرق منها فى حال إرضاعها له (قوله لما مر) أى من اعتبار الحرز. وعن أبى يوسف لايقطع لدخوله عليها بلا استئذان وحشمة، بخلاف الأخت رضاعا لانعدام هذا المعنى فيها عادة. وجه الظاهر أنه لاقرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لاتحترم فتح.

قلت: وإذا كان يقطع فى السرقة من أمه رضاعا مع الدخول بلا استئذان وحشمة فكذا فى الصديق. وبه ظهر أن للقرابة المحرمية دخلا، وكذا قولهم لأنه عاداه فى السرقة يفيد الفرق وهو زوال الصداقة، بخلاف القرابة تأمل، والله تعالى أعلم (قوله ولا بسرقة من زوجته) أى ولو من وجه كالمبتوتة المعتدة فى منزل على حدة، ولو سرق بعد انقضاء العدة قطع كافى الحاكم (قوله وإن تزوجها بعد القضاء) بالقطع لوجود الشبهة قبل الإمضاء. وأفاد أنه لافرق بين كونه زوجها وقت السرقة أو بعدها قبل القضاء بالقطع أو بعده، وفى الأخير خلاف أبى يوسف، ولو سرق أحدهما من الآخر فطلقها قبل الدخول لم يقطع أيضا كما فى النهر (قوله من حرز خاص له) يعنى بأن كان خارج مسكنهما صرح به فى الهداية والبحر شرنبلالية فالضمير فى له عائد على المسروق لا على السارق فافهم (قوله أو عرسه) أى زوجة سيده وشريكه مثلا. قال فى البحر: والعبد فى هذا ملحق بمولاه حتى لايقطع فى سرقة لايقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى وغيرهم لأنه مأذون بالدخول عادة فى بيت هؤلاء لإقامة المصالح (قوله ولا من مكاتبه) لأن له حقا فى أكسابه نهر (قوله وختنه وصهره) ختنه: زوج كل ذى رحم محرم منه وصهره: كل ذى رحم محرم من امرأته، وهذا عند الإمام. وقالا: يقطع لعدم الشبهة فى ملك البعض لأنها تكون بالقرابة وهى منتفية. وله أن العادة جارية فى دخول بعضهم منازل البعض بلا استئذان فتمكنت الشبهة فى الحرز، وتأخير الزيلعى لدليله مؤذن بترجيحه نهر. وفى كافى الحاكم: ولا يقطع السارق من امرأة أبيه وزوج ابنته وابن امرأته وأبويها استحسانا (قوله ومغنم الخ) علله فى الهداية بقوله لأن له فيه نصيبا وذكر أن ذلك مأثور عن على رضى الله عنه حكما وتعليلا: هو أنه أتى برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا، رواه عبد الرازق والدارقطنى، وهذا ظاهر فى أن الكلام فيمن له فيه استحقاق، وبه صرح فى الفتح، لكن فى النهر قال فى الحواشى السعدية: وهذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع لكن الرواية مطلقة فى مختصر القدورى وشرح الطحاوى فلا بد من تعليل آخر اه.

وفى غاية البيان ينبغى أن يكون المراد من السارق من له نصيب فيه، أما من لانصيب له فيقطع، اللهم إلا أن يقال إنه مباح الأصل وهو على صورته لم يتغير فصار شبهة. وفى كلام المصنف يعنى صاحب الكنز مايومئ إلى اعتبار الإطلاق حيث قدم أنه لاقطع فى المال المشترك وإذا كان له حق فيه كان من المشترك فذكره هنا ليس إلا لإفادة التعميم اه.

قلت: ماذكر من إطلاق الرواية قد يدعى أنه يخصصه التعليل المأثور الذى جعلوه دليل الحكم وإلا لزم إثبات

وإن لم يكن له حق فيه لأنه مباح الأصل فصار شبهة غاية بحثا (وحمام) فى وقت جرت العادة بدخوله ، وكذا حوانيت التجار والخانات مجتبى (وبيت أذن فى دخوله) ولو أذن المخصوصين فدخل غيرهم وسرق ينبغى أن يقطع :

واعلم أنه لايعتبر الحرز بالحافظ مع وجود الحرز بالمكان لأنه قوى ، فلا يعتبر الحافظ فى الحمام لأنه حرز ويعتبر فى المسجد لأنه ليس بحرز ، به يفتى شمنى .

(وكل ماكان حرزا لنوع فهو حرز للأنواع كلها) فيقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل (على المذهب) وقيل حرز كل شىء معتبر بحرز مثله والأول هو المذهب عندنا مجتبى ، لكن جزم القهستانى بأن الثانى هو المذهب فتنبه (ولا يقطع قفاف) هو من يسرق الدراهم بين أصابعه (وفشاش)

حكم بلا دليل ، وما ذكره فى غاية البيان من أنه مباح الأصل فيه نظر ، لأن مباح الأصل مايكون تافها ويوجد مباحا فى دار الإسلام كالصيد والحشيش كما مر ، والمغنم قد يكون من أعز الأموال . وأيضا حكم مباح الأصل أنه لايقطع به وإن ملك وسرق من حرز والمغنم ليس كذلك قطعا نعم قال القهستانى بعد التعليل المأثور : ولايخفى أن الآخذ إن كان من العسكر فالمغنم داخل فى مال الشركة وإلا ففى مال العامة اه وهذا فى غاية الحسن ، فإن خمس المغنم لذوى الحاجة من العامة . ومن سرق من مال العامة لا يقطع لأنه يستحق منه عند الحاجة فأورث شبهة كما عللوا به كما قدمناه عن البحر (قوله فى وقت جرت العادة بدخوله) فيقطع لو سرق ليلا لأن الإذن يختص بالنهار بحر وفيه إشارة إلى أنه لو اعتاد الناس دخوله فى بعض الليل فهو كالنهار كما فى المضمرات قهستانى ، وإلى أن ذلك إذا كان الباب مفتوحا :

فى الحاوى الزاهدى : ولو سرق من حمام أو خان أو رباط أو حوانيت التجار وبابها مغلق يقطع وإن كان نهارا فى الأصح اه (قوله وبيت أذن فى دخوله) فلا قطع بالسرقة منه فى الوقت المأذون بالدخول فيه ط (قوله ينبغى أن يقطع) البحث لصاحب البحر وتبعه من بعده ط (قوله لايعتبر الحرز بالحافظ الخ) فلو سرق شيئا من الحمام وصاحبه عنده أو المسروق تحته لايقطع بخلاف المسجد . والفرق أن الحمام بنى للإحراز فكان حرزا كالبيت فلا يعتبر الحافظ ، والمسجد لم يبن لإحراز الأموال فيعتبر الحافظ كالطريق والصحراء ، وتمامه فى الزيلعى . وأفاد أن الحرز نوعان كما قدمناه عند قوله من حرز (قوله به يفتى) زاد فى الفتح : وهو ظاهر المذهب ، ومقابله القول بأنه يقطع عنده لو سرق من الحمام فى وقت الإذن إذا كان ثمة حافظ ، ولا يقطع عندهما (قوله فيقطع بسرقة لؤلؤة من إصطبل) لأن الحرز كما قدمناه كل بقعة معدة للإحراز ممنوع من الدخول فيها إلا بإذنه . ولا يخفى أن الإصطبل كذلك ، وهذ بخلاف الوديعة فإنه يعتبر فيها حرز مثلها ، حتى لو وضع المودع اللؤلؤة فى الإصطبل يضمن كما حققناه فى تنقيح الفتاوى الحامدية من الوديعة ، وسنذكره هناك إن شاء الله تعالى (قوله والأول هو المذهب عندنا) إن كان أعاده لأجل نسبته إلى المجتبى كان أخصر عزوه إليه عقب عبارة المتن ، ولعل المراد إفادة الحصر بالجملة المعرفة الطرفين فإنه زائد على مافى المتن فافهم (قوله لكن جزم القهستانى الخ) لم ينسبه القهستانى إلى أحد يعتمد عليه ، وما مشى عليه المصنف قال فيه شمس الأئمة السرخسى هو المذهب عندنا كما نقله فى الذخيرة وغيرها ، وقد قال فى الفتح إنه هو الصحيح كما ذكره الكرخى . ثم قال : ونقل الإسبيجابى عن بعض أصحابنا أن كل شىء يعتبر بحرز مثله . فعلم أن ما فى القهستانى قول البعض وأن المذهب المصحح خلافه ، ولعل قوله إنه المذهب سبق نظر . فليس فى المسألة اختلاف تصحيح فافهم (قوله ولا يقطع قفاف) بقاف وفاءين بينهما ألف (قوله هو من يسرق الدراهم) الذى فى المغرب وغيره : هو الذى يعطى الدراهم لينقدها فيسرقها بين أصابعه ولا

بالفاء : هو من يهيئ لغلق الباب مايفتحه إذا (فش) حانوتا أو باب دار (نهارا وخلا البيت من أحد) فلو فيه أحد وهو لايعلم به قطع شمني .

(ويقطع لو سرق من السطح) نصاباً لأنه حرز شرح وهبانية (أو من المسجد) أراد به كل مكان ليس بحرز فعم الطريق والصحراء (ورب المتاع عنده) أى بحيث يراه (ولو) الحافظ (نائما) فى الأصح (لا) يقطع (او سرق ضيف ممن أضافه) ولو من بعض بيوت الدار أو من صندوق مقفل لاختلال الحرز (أو سرق شيئا ولم يخرجه من الدار) لشبهة عدم الأخذ ، بخلاف الغصب (وإن أخرجه من حجرة الدار) المتسعة جداً إلى صحنها

يشعر به صاحبه (قوله بالفاء) أى وبشينين معجمتين بينهما ألف (قوله لغلق الباب) بالتحريك جمعه أغلاق كسبب وأسباب مصباح (قوله نهارا) لعل وجهه أن يكون مجاهرا وشرط القطع الخفية ، بخلاف ما إذا كان ليلا . قال الزيلعى : ولو كان باب الدار مفتوحا فى النهار فسرق لايقطع لأنه مكابرة لاسرقة ، ولو كان فى الليل بعد انقطاع انتشار الناس قطع اه . زاد فى الذخيرة عن أبى العباس أنه سوّى فى الليل بين ما إذا كان الباب المفتوح مردودا أو غير مردود فى أنه يقطع فيهما . وفرق بينهما فى النهار فى أنه لو مردودا قطع وإلا لا اه.

قلت : ومسأله الفشاش مذكورة فى كافى الحاكم ، وهى تدل على أنه لايقطع فى النهار بلا فرق بين كونه مردودا أولا لأنه إذا لم يقطع بفتحه نهارا وهو مقفل ، فإذا كان مفتوحا مردودا أولا فهو كذلك بالأولى ، فلذا أطلق الزيلعى عدم القطع كما علمت ، ثم ذكر بعده مسألة الفشاش المذكورة . وبهذا علم أن ماقدمنا عن النهر عند قوله أو من ذى رحم ليس على إطلاقه فتدبر (قوله قطع) أى لظنه الخفية ، وأما لو علم فلا يقطع لأنه مجاهر (قوله من السطح) أى إذا صعد إليه أو تناوله من داخل الدار ، واحترز به عما لو سرق ثوبا بسط على حائط إلى السكة بخلاف ما إذا كان إلى الدار فإنه يقطع كما فى البحر (قوله أى بحيث يراه) أفاد أنه ليس المراد بالعندية الحضور بل الاطلاع عليه (قوله ولو الحافظ نائما) عبر بالحافظ لأنه أعم من أن يكون هو رب المتاع أو غيره ، وأطلق النائم فشمل ما إذا نام مضطجعا أولا ، وما إذا كان المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه أو بين يديه حالة النوم هو الصحيح وقيل باشتراط كونه تحت رأسه أو جنبه فتح. قال فى النهر : ونبه بقوله عنده إلى أنه لو كان لابسا له لم يقطع . وقيل يقطع حكاه فى المجتبى اه وبسطه فى البحر .وفصل الزيلعى بين النائم وغيره ، فيقطع فى الأول لأنه أخذ خفية لافى الثانى لأنه اختلاس ، وذلك حيث قال : وفى المحيط لو سرق ثوبا عليه وهو رداؤه أو قلنسوة أو طرف منطقة أو سيفه أو سرق من امرأة حليا عليها لايقطع لأنها خلسة وليست بخفية سرقة ، ولو سرق من رجل نائم قلادة عليه وهو لابسها أو ملاءة له وهو لابسها أو واضعها قريبا منه بحيث يكون حافظا لها قطع لأنه أخذها بخفية وسراولها حافظ وهو النائم اه (قوله ولو من بعض بيوت الدار) أى لافرق بين أن يسرق من البيت الذى أضافه فيه أو من بيت آخر فيها (قوله لاختلال الحرز) لأن الدار مع جميع بيوتها حرز واحد فبالإذن فيها اختل الحرز فى جميع بيوتها بحر (قوله لشبهة عدم الأخذ) لأن الدار ومافيها فى يد صاحبها فتح . وفيه أيضا أن المحرز بالمكان لايجب القطع فيه إلا بالإخراج ، لقيام يد المالك قبل الإخراج من داره فلا يتحقق الأخذ إلا بإزالة يده وذلك بالإخراج من حرزه ، بخلاف المحرز بالحافظ فإنه يقطع كما أخذه لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة فيجب موجبها اه (قوله بخلاف الغصب) يعنى أن هذا فى حق القطع لسقوط الحد بالشبهة ، بخلاف ضمان الغصب ؛ يعنى لو هلك ماسرقه ولم يخرجه . قال فى الفتح : قال بعضهم : لاضمان عليه إذا تلف المسروق فى يده قبل الإخراج من الدار ولا قطع عليه . والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدى ، بخلاف القطع لأن شرطه هتك الحرز ولم يوجد اه (قوله المتسعة جدا) أى التى فيها منازل ، وفى كل منزل مكان يستغنى به أهله عن الانتفاع بصحن الدار

(أو أغار من أهل الحجر على حجرة) أخرى لأن كل حجرة حرز (أو نقب فدخل أو ألقى) كذا رأيته فى نسخ المتن والشرح بأو وصوابه بالواو كما فى الكنز (شيئا فى الطريق) يبلغ نصاباً (ثم أخذه) قطع لأن الرمى حيلة يعتاده السراق فاعتبر الكل فعلا واحدا، ولو لم يأخذه أو أخذه غيره فهو مضيع لا سارق (أو حمله على دابة فساقه وأخرجه) أو علق رسنه فى عنق كلب وزجره لأن سيره يضاف إليه (أو ألقاه فى الماء فأخرجه بتحريك السارق) لما مر (أولا بتحريكه بل) أخرجه (قوة جريه على الأصح) لأنه أخرجه بسببه زيلعى (قطع) فى الكل لما ذكرنا.

ويشكل على الأخير ماقالوا: لو علقه على طائر فطار إلى منزل السارق لم يقطع، فلذا والله أعلم جزم الحدادى وغيره بعدم القطع (وإن) نقب ثم (ناوله آخر من خارج) الدار (أو أدخل يده فى بيت وأخذ)

وإنما ينتفعون بهانتفاع السكة وإلا فهى المسألة السابقة التى لابد فيها من الإخراج من الدار بحر. ونحوه فى الزيلعى وفى الكافى: يقطع إذا كانت دار واحدة عظيمة فيها مقاصير كل مقصورة مسكن على حيالها اه والمقصورة: الحجرة بلسان أهل الكوفة معراج (قوله أو أغار) المراد دخل مقصورة على غرة فأخذ بسرعة؛ يقال: أغار الفرس والثعلب فى العدو أسرع بحر (قوله من أهل الحجر) حال من فاعل أغار (قوله لأن كل حجرة حرز) علة للمسألتين، إذ لكل مقصورة باب وغلق على حدة ومال كل واحد محرز بمقصورته، فكانت المنازل بمنزلة دور فى محله، وإن كانت الدار صغيرة بحيث لايستغنى أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار بل ينتفعون بهانتفاع المنازل فهى بمنزلة مكان واحد فلا يقطع الساكن فيها ولا المأذون له بالدخول فيها إذا سرق من بعض مقاصيرها زيلعى (قوله فى الطريق) أى بحيث يراه لأنه باق فى يده فصار كأنه أخرجه معه وإلا فلا قطع عليه وإن خرج وأخذه لأنه صار مستهلكاله قبل خروجه بدليل وجوب الضمان عليه، كما لو ذبح الشاة فى الحرز جوهرة (قوله ثم أخذه) أشار إلى أنه لايشترط للقطع الأخذ على فور الإلقاء اه ط (قوله يعتاده السراق) إما لتعذر الخروج مع المتاع أو ليمكنه الدفع أو الفرار زيلعى (قوله فاعتبر الكل فعلا واحدا) أى كل من النقب والدخول والإلقاء والأخذ حيث لم يعترض عليه يد معتبرة وهذا جواب عن قول زفر إنه لا يقطع لأن الإلقاء غير موجب له (قوله ولو لم يأخذه) أى بأن خرج وتركه، وقوله أو أخذه غيره: أى قبل خروجه (قوله فهو مضيع) فعليه ضمانه (قوله لأن سيره يضاف إليه) أما لو خرج بلا سوق ولا زجر لم يقطع، لأن للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لاينقطع نسبة الفعل إليها كما فى البحر (قوله لما مر) أى من أن الإخراج يضاف إليه ط (قوله قوة جريه) فى بعض النسخ بقوة جريه (قوله لأنه أخرجه) أى لأن الماء أخرجه بسبب إلقائه فيه (قوله ويشكل على الأخير) أى مالو ألقاه فى الماء وأخرجه بقوة جريه والاستشكال لصاحب النهر.

قلت: وقد يدفع بأن الطائر فعله يضاف إليه لأن للدابة اختيارا كما مر، فإذا لم يزجره بل طار بنفسه فقد عرض على فعل السارق فعل مختار فلم يضف إليه. نظيره مالإذا خرج الحمار بنفسه بلا سوق فى المسألة المارة، وكذا مايأتى فى الغصب لو حل قيد عبد غيره أو رباط دابته أو فتح باب اصطبلها أو قفص طائره فذهبت لايضمن فافهم (قوله بعدم القطع) هو خلاف ماصححه فى المبسوط، ومشى عليه المصنف تبعا للزيلعى والفتح والنهاية. وفى الفتح إنه قول الأئمة الثلاثة فيرجع على ماجزم به الحدادى صاحب الجوهرة ولاسيما بعد اتضاح الجواب بما قلناه (قوله وإن نقب ثم ناوله آخر الخ) جواب الشرط قوله الآتى لايقطع. وأفاد أنه لايقطع المناول ولا المتناول لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثانى لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد، وأطلقه فشمل مالإذا أخرج الداخل يده وناول الخارج أو أدخل الخارج يده فتناول من يد الداخل وهو ظاهر المذهب بحر (قوله أو أدخل يده فى بيت وأخذ) أى من غير دخول فى البيت، وقيد

ويسمى اللص الظريف : ولو وضعه فى النقب ثم خرج وأخذه لم يقطع فى الصحيح شمنى (أو طرّ) أى شق (صرة خارجة من نفس (الكم) فلو داخله قطع ، وفى الحل بعكسه (أو سرق) من مرعى أو (من قطار) بفتح القاف الإبل على نسق واحد (بعيرا أو حملا) عليه (لا) يقطع لأن السائق والقائد والراعى لم يقصدوا للحفظ (وإن) كان معها حافظ أو (شق الحمل فسرق منه

بالبيت احترازا عن الصندوق ونحوه كما يأتى (قوله ويسمى اللص الظريف) مأثور عن على رضى الله عنه مع تفسيره بمن يدخل يده فى نقب البيت كما فى الزيلعى (قوله لم يقطع فى الصحيح) ذكره أيضا فى الفتح والبحر ، ولينظر الفرق بين هذه المسألة ومسألة مالو ألقاه فى الطريق ثم أخذه حيث لم يعتبر الكل فعلا واحدا كما اعتبر هناك مع أنه فى المسألتين لم يوجد اعتراض يد معتبرة على المال قبل خروج السارق ، ولعل الفرق أنه هناك تحقق إخراج المال خفية قبل خروجه ، أما هنا فلا ثم لما خرج وأخذه من النقب لم يأخذه من حرز فصار كما إذا أدخل يده فى بيت وأخذ تأمل (قوله أو طرصرة خارجة) الصرة : هى الخرقة التى يشد فيها الدراهم ، يقال صررت الدراهم أصرها صرا : شددتها ، والمراد هنا الكم المشدودة التى فيها الدراهم نهر ، فقوله من نفس الكم بيان لقوله صرة ولذا زاد لفظ نفس لئلا يتوهم أنها من غيره :

وحاصل صور المسألة أربعة : قال فى غرر الأذكار : اعلم أن الصرة إن جعلت نفس الكم ، فإما إن جعل الدراهم داخل الكم والرباط من خارج أو بالعكس : وعلى التقديرين ، فإما إن طرّ أوحل الرباط ، فإن طرّ والرباط من خارج فلا قطع ، وإن طرّ والرباط من داخل بأن أدخل يده فى الكم فقطع موضع الدراهم فأخذها من الكم قطع للأخذ من الحرز ، وإن حل الرباط وهو خارج قطع لأنه حينئذ لابد أن يدخل يده فى الكم فيأخذ الدراهم ، وإن حل الرباط وهو داخل لايقطع لأنه لما حل الرباط فى الكم بقى الدراهم خارج الكم وأخذها من خارج . وعند أبى يوسف والأئمة الثلاثة يقطع فى الوجوه كلها لأن الكم حرز اه ، وتمام تحقيقه فى الفتح (قوله بفتح القاف) صوابه بكسرها كما فى شرحه على الملتقى والمنح وغيرها والطلبة والقاموس ط (قوله أوحملا عليه) أى على البعير ، فلو على الأرض فهى مسألة الجوالق الآتية (قوله لأن السائق الخ) تعليل على النشر المشوش ، فقوله لأن السائق والقائد راجع لقوله أو من قطار وقوله والراعى راجع لقوله من مرعى ط (قوله لم يقصدوا للحفظ) بل يقصد الراعى لمجرد الرعى والسائق والقائد ، وكذا الراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة :

وعند الأئمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز ، فيقطع فى أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الأخذ وأما القائد فحافظ للجمل الذى زمامه بيده فقط عندنا : وعندهم إذا كان بحيث يراها إذا التفت إليها حافظ للكل محرزة عندهم بقوده فتح . وبه علم أن القائد ليس على إطلاقه عندنا لأنه حافظ مازمامه بيده ، ولم أر التصريح به فى غير هذه العبارة تأمل (قوله وإن كان معها حافظ) أى مع ماذكر من بعير المرعى والقطار والحمل ، وإطلاق محمد عدم القطع فى مواشى المرعى محمول على عدم الحافظ ، ولو كان الحافظ هو الراعى اختلف المشايخ . فى البقالى لايقطع : وهو الذى فى المنتقى عن أبى حنيفة ، وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع مع الحافظ . ويمكن التوفيق بأن الراعى لم يقصد لحفظها من السراق ، بخلاف غيره فتح . وفى المجتبى وكثير من المشايخ أفتوا بما قاله البقالى نهر (قوله وإن شق الحمل) أى جوالقا على الأرض أوعلى ظهر جمل قهستانى ، وإنما قطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق فكان هاتكا للحرز ، بخلاف ما إذا أخذ الجوالق بما فيه ، وكذا لو سرق من الفسطاط فإنه يقطع ، ولو سرق نفس الفسطاط لايقطع بحر ، ويأتى بيانه (قوله فسرق منه) أى أخرج

أو سرق جوالقا) بضم الجيم (فيه ـ اع وربه يحفظه أو نائم عليه) أو بقربه (أو أدخل يده فى صندوق غيره أو) فى (جيبه أو كمه فأخذ المال قطع) فى الكل . والأصل أن الحرز إن أمكن دخوله فهتكه بدخوله وإلا فبإدخال اليد فيه والأخذ منه .

[فروع] سرق فسطاطا منصوباً لم يقطع ولو ملفوفا أو فى فسطاط آخر قطع فتح :

أخرج من حرز شاة لاتبلغ نصاباً فتبعها أخرى لم يقطع :

سرق مالا من حرز فدخل آخر وحمل السارق بما معه قطع المحمول فقط سراج :

(قال أنا سارق هذا الثوب قطع إن أضاف) لكونه إقرارا بالسرقة (وإن نونه) ونصب الثوب (لا) يقطع لكونه عدة لا إقرارا درر :

منه بيده ماقيمته عشرة دراهم فصاعدا ، فلو خرج الشىء بنفسه ثم أخذه لايقطع ، لأن الإخراج من الحرز شرط قهستانى . وفى حاشية نوح أفندى قيد بالأخذ من الحمل ، لأنه إذا لم يأخذ منه بالذات بل أخذ من الأرض ماسقط منه بسبب شقه لايقطع لأنه لم يأخذ من الحرز اهـ ومثله فى اليعقوبية :

قلت : ويشكل عليه مالونقب فدخل وألقى شيئا فى الطريق ثم أخذه فإنه يقطع كما مر ، إلا أن يجاب بأن الإلقاء فى الطريق هناك معتاد كما مر ، بخلافه هنا فتأمل (قوله أو سرق جوالقا الخ) معناه إذا كان الجوالق فى موضع ليس بحرز كالطريق والمفازة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه فتح (قوله بضم الجيم) أى مع فتح اللام وكسرها وبكسر الجيم واللام : الوعاء المعروف وجمعه كصحائف وجواليق وجوالقات قاموس ونحوه فى الصحاح ، وفيهما أن القاف والجيم لايجتمعان فى كلمة إلامعربة أوصوتا (قوله وربه يحفظه)أى يحفظ المسروق من الحيوان والحمل والمتاع مالكه أو غيره قهستانى : أى فلايلزم أن يكون الحافظ رب الجمل أو الحمل ابن كمال . وأفاد أن هذه الجملة الحالية قيد فى مسألة القطار أيضا ، وهو ما أفاده الشارح أولا بقوله وإن كان معها حافظ ، وهذا بخلاف مسألة الشق فقد قال السيد أبو السعود إنه يجب فيها القطع مطلقا ، فإن الجوالق غير محرز ، فاعتبر الحافظ ومافيه محرز به ، ففى شقه وأخذ مافيه يقطع وإن لم يكن معه حافظ للأخذ من الحرز ، وفى أخذه بجملته لايقطع إلا أن يكون معه من يحفظه ، وكأنهم إنما تركوا التنبيه على ذلك لوضوحه اهـ ملخصا (قوله أو بقربه) أى بحيث يراه كما مر (قوله أو أدخل يده) وكذا لو أدخل شيئا آخر يعلق بالمتاع قهستانى (قوله فى صندوق) بالضم وقد يفتح جمعه صناديق كعصفور وعصافير قاموس . وفى المصباح أن الفتح عامى (قوله أو فى جيبه) جيب القميص ونحوه بالفتح : طوقه قاموس ، وكذا قال فى المصباح : جيب القميص بالفتح ماعلى النحر والجمع أجياب وجيوب ، والمراد بالجيب هنا مايشق بجانب الثوب لتحفظ فيه الدراهم ، وهل إطلاق الجيب عليه عربى أو عرفى حموى . وفى حاشية أبى السعود أن الأخذ من العمامة أو الحزام كالأخذ من الجيب (قوله أو كمه) أى بأن وضع شيئا فى داخل الكم من غير ربط وإلا فهى مسألة الطر تأمل (قوله فهتكه) الهتك : الخرق والشق (قوله فسطاطا) هو الخيمة (قوله لم يقطع) لأنه ليس محرزا ، بل مافيه محرز به فلذا قطع فيمافيه دونه فتح . ونظيره مالوسرق الجوالق كما مر (قوله ولو ملفوفا) أى ولو كان ملفوفا عنده يحفظه فتح (قوله قطع) أى إذا أخذه من حرز هو مكان أو حافظ (قوله فتبعها أخرى) أى خرجت من الحرز بنفسها من غير سوقه ولا إخراجه (قوله قطع المحمول فقط) لأنه لاعبرة للحامل ، ألا ترى أن من حلف أن لايحمل طبقا فحمل حامل الطبق لم يحنث جوهرة :

قلت : ولذا لو جلس على المصلى طائر عليه نجاسة لاتفسد صلاته ، ومثله صبى يستمسك بنفسه ، بخلاف من لايستمسك لأن المصلى يصير حاملا للصبى والنجاسة (قوله لكونه إقرارا بالسرقة الخ) المسألة منقولة

وتوضيحه : إذا قيل هذا قاتل زيد ، معناه أنه قتله ، وإذا قيل هذا قاتل زيدا ،معناه أنه يقتله ، والمضارع يحتمل الحال والاستقبال فلا يقطع بالشك .

قلت : فى شرح الوهبانية : ينبغى الفرق بين العالم والجاهل ، لأن العوام لايفرقون إلا أن يقال يجعل شبهة لدرء الحد وفيه بعد .

(للإمام قتل السارق سياسة) لسعيه فى الأرض بالفساد درر ، وهذا إن عاد ، وأما قتله ابتداء فليس من السياسة فى شيء نهر .

قلت : وقدمنا عنه معزيا للبحر فى باب الوطء الموجب للحد أن التقييد بالإمام يفهم أنه ليس للقاضى الحكم بالسياسة فليحفظ .

فى الفتح وغيره معللة بأن الإضافة على الحال والنصب على الاستقبال ، وماهنا علل به فى شرح الوهبانية عن التجنيس .

قلت : وتحقيق المقام أن اسم الفاعل لاينصب المفعول إلا إذاكان بمعنى الحال أو الاستقبال ،فلو بمعنى الماضى مثل أنا ضارب زيدأمس وجبت إضافته وتسمى إضافة محضة والعامل تجوز إضافته ،وتسمى غير محضة لأنها على نية العمل والقطع عن الإضافة كما قرر فى محله . وبه ظهر أن اسم الفاعل حال الإضافة يحتمل أن يكون بمعنى الماضى أو الحال أو الاستقبال لالكن لما كان الأصل فيما كان بمعنى الحال أو الاستقبال هو العمل ، فالأصل فى المضاف أن يكون بمعنى الماضى فيكون إقرارابأنه سرق الثوب فى الماضى ،ويلزم منه أن يكون متصفا بسرقته أيضا فى الحال فيقطع . أما إذا نصب الثوب لزم أن يكون الوصف بمعنى الحال أو الاستقبال ، فإن حمل على الحال لزم القطع ، وإن حمل على الاستقبال لم يلزم، فلا يقطع بالشك وتعين حمله على الاستقبال ، فيكون عدة بأنه سوف يسرق هذاالثوب لا إقرارا بأنه هو سارقه فى الحال : أى هذه السرقة المدعى بها فافهم . ووقع فى شرح الوهبانية هنا كلام غير محرر فتدبر (قوله قلت فى شرح الوهبانية الخ) وعبارته قلت : والقطع المذكور بإصراره وعدم رجوعه ، أما لورجع قبل رجوعه كما تقدم وينبغى أن لايجرى فى هذا الإطلاق لأن العوام لايفرقون فيفرق بين العالم والجاهل، اللهم إلا أن يقال يجعل هذا شبهة فى درء الحد ، وفيه بعد ، والله أعلم اهـ .

أقول : معناه أنه ينبغى أن يكون التفصيل السابق فى حق العالم، أما الجاهل فلا يفرق بين كونه بمعنى الماضى أو الحال ،وإنما يقصد الإقرار فيقطع مطلقا ،إلا أن يجعل الإعراب شبهة دارئة فى حقه فلا يقطع إذا نون، وفيه بعد لأن التنوين دليل عدم إرادة الإقرار ، هذا ماظهر لى فتأمله (قوله وهذا إن عاد) ظاهره ولو فى المرة الثانية ، لكن قيد بعضهم بما إذا سرق بعد القطع مرتين .

وفى حاشية السيد أبى السعود : رأيت بخط الحموى عن السراجية مانصه : إذا سرق ثالثا ورابعا للإمام أن يقتله سياسة لسعيه فى الأرض بالفساد اهـ . قال الحموى : فما يقع من حكام زماننا من قتله أول مرة زاعمين أن ذلك سياسة جور وظلم وجهل ، والسياسة الشرعية عبارة عن شرع مغلظ اهـ (قوله قلت وقدمنا الخ) فيه كلام قدمناه هناك وفى هذا الباب عند تعزير المتهم ، والله سبحانه أعلم .

باب كيفية القطع وإثباته

(تقطع يمين السارق من زنده) هو مفصل الرسغ (وتحسم) وجوبا، وعند الشافعي ندبا فتح (إلا فى حر وبرد شديدين) فلا تقطع لأن الحد زاجر لامتلف، ويحبس ليتوسط الأمر (وثمن زيته ومؤنته) كأجرة حداد وكلفة حسم (على السارق) عندنا لتسببه، بخلاف أجرة المحضر للخصوم ففي بيت المال، وقيل على المتمرد شرح وهبانية.

قلت: وفى قضاء الخانية هو الصحيح، لكن فى قضاء البزازية: وقيل على المدعى وهو الأصح كالسارق (ورجله اليسرى من الكعب إن عاد، فإن عاد) ثالثا (لا، وحبس) وعزر أيضا بالضرب (حتى يتوب) أى تظهر أمارات التوبة شرح وهبانية، وما روى يقطع ثالثا ورابعا إن صح حمل على السياسة أو نسخ

باب كيفية القطع وإثباته

لما كان القطع حكم السرقة ذكره عقبها لأن حكم الشيء يعقبه بحر (قوله تقطع يمين السارق) أى ولو كانت شلاء أو مقطوعة الأصابع أو الإبهام، وإن كانت اليمنى مقطوعة قبل ذلك قطعت رجله اليسرى، فإن كانت رجله اليسرى مقطوعة قبل ذلك لم يقطع ويضمن السرقة ويحبس حتى يتوب جوهرة (قوله من زنده) بفتح الزاى وسكون النون (قوله هو مفصل رسغ) الإضافة بيانية. قال فى النهر من مفصل الزند وهو الرسغ: قال الجوهرى: الزند موصل طرف الذراع وهما زندان الكوع والكرسوع، فالكوع طرف الزند الذى يلى الإبهام، والكرسوع: طرف الزند الذى يلى الخنصر اهـ ح (قوله وتحسم) بالحاء المهملة: أى تكوى بزيت مغلى ونحوه نهر، ومثله فى المغرب: وقال مسكين: الحسم الكى بحديدة محماة لئلا يسيل دمه (قوله وجوبا) أى كما يفيده قول الهداية، لأنه لو لم يحسم يؤدى إلى التلف فتح، وقد صرح به القهستانى (قوله إلا فى حر وبرد شديدين) وإلا فى حال مرض مفتاح، وقيده فى البناية بالمرض الشديد أفاده ط عن الحموى (قوله فلا يقطع) إنما ذكره ليفيد أن الاستثناء من قوله تقطع لا من قوله تحسم وإن قرب ذكره ط (قوله ليتوسط الأمر) أى أمر الحر والبرد (قوله ومؤنته) أى مؤنة القطع: أى ماينفق فيه، وبينها بقوله كأجرة حداد: أى من يباشر الحد وهو القطع هنا، وقوله وكلفة حسم يشمل ثمن الزيت وكذا ثمن حطب وأجرة إناء يغلى فيه الزيت.

[تنبيه] يسن عند الشافعى وأحمد تعليق يده فى عنقه لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به. وعندنا ذلك مطلق للإمام إن رآه، ولم يثبت عنه صلى الله عليه وسلم فى كل من قطعه ليكون سنة فتح (قوله كالسارق) محل هذه الكلمة عقب قوله على التمرد: قال فى شرح الوهبانية: قيل أجرة المشخص أى المحضر للخصوم فى بيت المال، وقيل على المتمرد كالسارق إذا قطعت يده فأجرة الحداد والدهن الذى تحسم به العروق على السارق لأنه المتسبب اهـ ح (قوله من الكعب) أى لا من نصف القدم من معقد الشراك خلافا للروافض (قوله إن عاد) أى بعد ما قطعت يمينه وإلا بأن سرق مرات قبل القطع تقطع يمينه للكل لأنه يكتفى بحد واحد لجنايات اتحد جنسها كما تقدم بيانه قبيل باب التعزير (قوله حتى يتوب الخ) أى أو يموت فتح: وفى القهستانى: ومدة التوبة مفوضة إلى رأى الإمام وقيل ممتدة إلى أن يظهر سيما الصالحين فى وجهه، وقيل يحبس سنة، وقيل إلى أن يموت كما فى الكفاية اهـ (قوله ثالثا ورابعا) أى اليد اليسرى ثم الرجل اليمنى (قوله إن صح حمل على السياسة أو نسخ) أشار إلى ماقاله الإمام الطحاوى: تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلا: قال فى الفتح: وفى المبسوط الحديث غير صحيح. ولئن سلم

(كمن سرق وإبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو أصبعان منها سواها) سوى الإبهام (أو رجله اليمنى مقطوعة أوشلاء) لم يقطع لأنه إهلاك ، بل يحبس ليتوب :

(ولا يضمن قاطع) اليد (اليسرى) ولو عمدا فى الصحيح نهر (إذا أمر بخلافه) لأنه أتلف وأخلف من جنسه

يحمل على الانتساخ لأنه كان فى الابتداء تغليظ فى الحدود كقطع أيدى العرنيين وأرجلهم وسمر أعينهم . ثم قال فى الفتح بعد نقله : مثل مذهبنا عن على وابن عباس وعمر أن هذا قد ثبت ثبوتا لامرد له ، وبعيد أن يقطع صلى الله عليه وسلم أربعة السارق ثم يقتله ولا يعلمه مثل على وابن عباس وعمر من الصحابة الملازمين ، ولو غابوا لابد من علمهم عادة ، فامتناع على رضى الله تعالى عنه إما لضعف مامر أو لعلمه بأن ذلك ليس حدا مستمرا ، بل من رأى الإمام قتله لما شاهد فيه من السعى بالفساد فى الأرض وبعد الطباع عن الرجوع ، فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوى اه أى أن قطع أربعته قتل معنى ، فإذا رأى أن له قتله سياسة فله قتله معنى ، وهذا يشير إلى ماقدمناه من أن له قتله سياسة فى الثالثة تأمل (قوله كمن سرق الخ) أى كما لايقطع بل يحبس حتى يتوب من سرق الخ ، لأن القطع حينئذ تفويت جنس المنفعة بطشا وذلك إهلاك ، وفوت الأصبعين منها يقوم مقام فوت الإبهام فى نقصان البطش ، بخلاف فوت واحدة غير الإبهام لم قيد باليسرى لأن اليمنى لو كانت شلاء أو ناقصة الأصابع قطع فى ظاهر الرواية ، لأن استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز نهر (قوله أو رجله اليمنى مقطوعة) قيد بقطعها لأن المقطوع لو كان هو الأصابع منها ، فإن استطاع المشى قطعت يده وإلا لا كما فى البحر عن السراج ؛ وقيد باليمنى لأنه لو كانت رجله اليسرى مقطوعة قطع . قال فى كافى الحاكم : وإن كانت رجله اليسرى شلاء قطعت يده اليمنى اه فلو يده اليمنى أيضا مقطوعة لم يقطع كما قدمناه أول الباب (قوله لم يقطع) أى لم يقطع يده اليمنى فى جميع ماذكر كما نص عليه فى غاية البيان ، خلافا لما يوهمه كلام العينى والنهر ، حيث قالا لاتقطع رجله اليسرى اه . وأجاب ابن الشلبى بأنه محمول على ما إذا سرق ثانيا والحال أن رجله اليمنى مقطوعة فإنه حينئذ لاتقطع رجله اليسرى . قال : وهذا الحمل صحيح ، لكنه بعيد مخالف لما يقتضيه سياق الكلام (قوله لأنه إهلاك) أى بتفويت جنس منفعة البطش أو المشى ، لأنه إذا لم يكن له يد ورجل من طرف واحد لم يقدر على المشى أصلا ، بخلاف ما إذا كان من طرفين فإنه حينئذ يضع العصا تحت إبطه ابن كمال (قوله ولا يضمن) غير أنه يؤدب نهر : أى إن كان عمدا بحر عن الفتح (قوله ولو عمدا) هذا عند الإمام ؛ وقالا : إنه يضمن فى العمد أرش اليسار . وقال زفر : يضمن مطلقا أى فى العمد والخطإ ، والمراد بالخطإ هو الخطأ فى الاجتهاد من القاطع فى أن قطعها يجزى نظرا إلى إطلاق النص . أما الخطأ فى معرفة اليمين من اليسار فلا يجعل عفوا لأنه بعيد يتهم به مدعيه : وقيل يجعل عفوا . قال فى المصفى : هو الصحيح ، والقياس ماقاله زفر نهر (قوله فى الصحيح) ظاهره أنه تصحيح لقول الإمام فى شموله العمد والخطأ ، وهذا لم يذكره فى النهر ، وإنما الذى فيه تصحيح القول بجعل الخطإ عفوا على التفسير الثانى من تفسيرى الخطإ كما سمعت من عبارة النهر ، نعم ظاهر الرواية وغيرها اعتماد قول الإمام وهو ظاهر إطلاق المتون فافهم (قوله إذا أمر بخلافه) أى بأن أمره الحاكم بقطع اليمين فقطع اليسرى ، أما لو أطلق وقال اقطع يده ولم يعين اليمنى فلا ضمان على القاطع اتفاقا لعدم المخالفة ، إذ اليد تطلق عليهما ؛ وكذا لو أخرج السارق يده فقال هذه يمينى لأنه قطعه بأمره بحر :

[تنبيه] لم يبين المصنف أن هذا القطع وقع حدا أم لا ، قيل نعم فلا ضمان على السارق لو استهلك العين ، وقيل لا فيضمن فى العمد والخطإ كما فى البحر والنهر (قوله لأنه أتلف وأخلف الخ) أى فلا يعد إتلافا ، كمن شهد على غيره يبيع ماله بمثل قيمته ثم رجع هداية : إنما قلنا إنه أخلف لأن اليمنى كانت على شرف الزوال فكانت

ماهو خير منه ؛ وكذا لو قطعه غير الحداد فى الأصح :

(ولو قطعه أحد قبل الأمر والقضاء وجب القصاص فى العمد والدية فى الخطإ وسقط القطع عن السارق)سواء قطع يمينه أو يساره (وقضاء القاضى بالقطع كالأمر) على الصحيح (فلا ضمان) كافى ؛

وفى السراج : سرق فلم يؤاخذ بها حتى قطعت يمينه قصاصا قطعت رجله اليسرى (وطلب المسروق منه) المال لاالقطع على الظاهر بحر (شرط القطع مطلقا) فى إقرار وشهادة على المذهب لأن الخصومة شرط لظهور السرقة (وكذا حضوره) أى المسروق منه (عند الأداء) للشهادة (و) عند (القطع) لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع لاحضور الشهود على الصحيح شرح المنظومة ، وأقره المصنف :

قلت : لكنه مخالف لما قدمه متناً وشرحا فليحرر ، وقد حرره فى الشرنبلالية بما يفيد ترجيح الأول فتأمل:

ثم فرّع على قوله وطلب المسروق إلى آخره فقال (فلو أقر أنه سرق مال الغائب توقف القطع على حضوره

كالفائتة فأخلفها إلى خلف استمرارها ، بخلاف مالو قطع رجله اليمنى أى حيث يضمن ،لأنه وإن امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما أتلف عليه من المنفعة ، لأن منفعة البطش ليست من جنس منفعة المشى ، وأما إن قطع رجله اليسرى فلأنه لم يعوّض عليه شيئا فتح (قوله وكذا لو قطعه غير الحداد) أى بعد أمر القاضى الحداد ، أما إذا صدر ذلك قبل الأمر أصلا فهو ماذكره بعد ط :

والحاصل أن القاضى إذا أمر الحداد بقطعه فقطع اليسرى الحداد أو غيره لا يضمن (قوله فى الأصح) قال فى الفتح : احتراز عما ذكر الإسبيجابى فى شرحه لمختصر الطحاوى حيث قال هذا كله إذ قطع الحداد بأمر السلطان . ولو قطع يساره غيره ، ففى العمد القصاص ، وفى الخطإ الدية (قوله ولو قطعه أحد الخ) قال فى شرح الطحاوى: من وجب عليه القطع فى السرقة فلم يقطع حتى قطع قاطع يمينه ، فهذا لايخلو إما أن يكون قبل الخصومة أو بعدها قبل القضاء أو بعده ؛ فإن كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص فى العمد والأرش فى الخطأ وتقطع رجله اليسرى فى السرقة وإن كان بعد الخصومة قل القضاء فكذلك الجواب إلا أنه لاتقطع رجله فى السرقة لأنه لما خوصم كان الواجب فى اليمنى وقد فاتت فسقط وإن كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع وكان قطعه من السرقة حتى لايجب الضمان على السارق فيما استهلك من مال السرقة أو سرق فى يده اه ط عن حاشية الشلبى على الزيلعى: قال : فقول المصنف وسقط القطع الخ تبع فيه شيخه فى بحره وقد علمت مافيه إلا أن يحمل على ماإذا كان القطع بعد الخصومة (قوله قصاصا) احترز به عن القطع للسرقة فإنه لايقطع ثانيا لاتحاد المجلس ط أى فيقع هذا القطع عن السرقتين السابقتين بخلاف ما إذا سرق بعد القطع كما مر (قوله قطعت رجله اليسرى) لأنها المحل وقت القطع اهح (قوله لا القطع على الظاهر) قال فى البحر : وأشار الشمنى إلى أنه لابد من الطلبين لكن فى الكشف الكبير أن وجوب القطع حق الله تعالى على الخلوص ولذا لا يملك المسروق منه الخصومة بدعوى الحد وإثباته ولا يملك العفو بعد الوجوب ولايورث عنه اه فقد صرح بأنه لايملك طلب القطع إلا أن يقال إنه لايملكه مجردا عن طلب المال. والظاهر أن الشرط إنما هو طلب المال وتشترط حضرته عند القطع لاطلبه القطع إذ هو حقه تعالى فلا يتوقف على طلب العبد اه : وفى النهر : والظاهر ماجرى عليه الشارح الزيلعى وغيره من الاكتفاء بدعوى المال (قوله على المذهب) وروى عن أبى يوسف أنه فى الإقرار لاتشترط المطالبة كما فى الفتح (قوله لأن الخصومة الخ) أفاد أن حد السرقة لايثبت بدعوى الحسبة تأمل (قوله قلت لكنه مخالف لما قدمه) أى فى الباب السابق فى قوله وشرط للقطع حضور شاهديها وقته (قوله بما يفيد ترجيح الأول) أى ماتقدم من اشتراط الحضور ، وفيه نظر ، بل مفاده ترجيح ماهنا ، فإن الذى حرره هو مانقله عن كافى الحاكم من أن ماهنا هو قول الإمام الأخير فيكون

ومخاصمته ، و) كذا (لو قال سرقت هذه الدراهم ولا أدرى لمن هى أو لاأخبرك من صاحبها لاقطع) لأنه يلزم من جهالته عدم طلبه (و) كل (من له يد صحيحة ملك الخصومة) ثم فرع عليه بقوله (كمودع وغاصب) ومرتهن ومتولّ وأب ووصى وقابض على سوم الشراء (وصاحب ربا) بأن باع درهما بدرهمين وقبضهما فسرقا منه لأن الشراء فاسدا بمنزلة المغصوب ، بخلاف معطى الربا لأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد شمنى ، ولا قطع بسرقة اللقطة خانية .

الأول مرجوعا عنه ، ولذا صحح ماهنا في شرح المنظومة الوهبانية كما حررناه فيما تقدم فافهم (قوله وكل من له صحيحة ملك الخصومة) شمل المالك والأمين والضامن كالغاصب فإنه يجب عليه حفظ المغصوب كالأمين فيملك الخصومة لأنه لايقدر على إسقاط الضمان عن نفسه إلا بذلك كما أفاده فى الفتح ، وشمل ما إذا كان المالك حاضرا أو غائبا كما فى النهر عن السراج (قوله ثم فرّع عليه) الأولى ثم مثل له ط (قوله متولّ) أى متولى الوقف كما فى الزيلعى والفتح ، وعبر فى البحر بمتولى المسجد ، وهذا يرد مابحثه فى البحر فى الباب السابق من أنه لاقطع بسرقة مال الوقف ، وقدمنا الـكلام فيه هناك (قوله وقابض على سوم الشراء) لأنه إن سمى الثمن كان مضمونا عليه وإلا كان أمانة بمنزلة المودع ، وعلى كل فيده صحيحة ، ومثل من ذكر كما فى الفتح وغيره المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع (قوله بأن باع درهما بدرهمين) الأحسن قول النهر باع عشرة بعشرين وقبضها فسرقت اه لتحقق النصاب الموجب للقطع اه ح (قوله لأن الشراء فاسدا) أى الذى منه الربا بمنزلة المغصوب فى أن كلا منهما مضمون على ذى اليد بالقيمة (قوله بخلاف معطى الربا) مخالف لقوله ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم (قوله لأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد) فيه نظر ، لما فى الأشباه من أن الربا لايملك فيجب عليه رد عينه مادام قائما ، حتى لو أبرأه صاحبه لايبرأ منه لأن رد عينه القائمة حق الشرع اه . وبه علم أن صاحب الربا فى عبارة المصنف وهو الذى قبضه لم يملـكه بل بقى على ملك المعطى فصار المعطى مالـكا والقابض ذا يد فتصح مطالبة كل منهما بمنزلة المغصوب كما هو صريح عبارة المصنف الآتية تبعا للـكنز ولصاحب النهر هنا كلام غير محرر فراجعه وتدبر (قوله ولا قطع بسرقة اللقطة) هذا لم يصرح به فى الخانية ، وإنما يفهم منها كما بحثه فى البحر .

وعبارة الخانية : رجل التقط لقطة فضاعت منه فوجدها فى يد غيره فلا خصومة بينه وبين ذلك الرجل ، بخلاف الوديعة فإن فى الوديعة يكون للمودع أن يأخذها من الثانى لأن لقطة الثانى كالأول فى ولاية أخذ اللقطة ، وليس الثانى كالأول فى إثبات اليد على الوديعة اه . قال فى البحر : فينبغى أن لايقطع بطلب الملتقط كما لايخفى اه وتبعه أخوه فى النهر ، وكذا المقدسى .

واعترضه السيد أبو السعود بأن نفى الخصومة بين الملتقط الأول والثانى لايدل على أنه لا خصومة بين الملتقط والسارق منه اه .

قلت : أى لأن الملتقط يده يد أمانة حتى لايتمكن أحد من أخذها منه ولو دفعها لآخر له أن يستردها منه ؛ ولو ذكر أحد علامتها ولم يصدقه الملتقط أنها له لايجبر على دفعها إليه ، فلو لم تـكن له يد صحيحة لم يكن له شىء من ذلك ، وهذا يدل على أن له مخاصمة السارق منه ، بخلاف ما إذا ضاعت منه فالتقطها غيره فإن يد الأول زالت بإثبات يد مثل يده عليها لأن الثانى له ولاية أخذها فليس للأول بعد زوال يده مخاصمة الثانى : وأما الوديعة إذا ضاعت من المودع فإن له مخاصمة ملتقطها إذ ليس له إثبات يد عليها كالمودع ، ولعل وجه الفرق بين المودع والملتقط الأول مع أن كلا منهما يده يد أمانة أن يد المودع أقوى لأنها بإذن المالك فكانت يده يد المالك ، بخلاف يد الملتقط ،

(ومن لا) يد له صحيحة (فلا) يملك الخصومة ، كسارق سرق منه بعد القطع لم يقطع بخصومة أحد ولو مالكا لأن يده غير صحيحة كما يأتى آنفا :

(ويقطع بطلب المالك) أيضا (لو سرق منهم) أى من الثلاثة وكذا بطلب الراهن مع غيبة المرتهن على الظاهر لأنه هو المالك (لابطلب المالك) للعين المسروقة (أو) بطلب (السارق لو سرق من سارق بعد القطع) لسقوط عصمته :

(بخلاف ماإذا سرق) الثانى من السارق الأول (قبل القطع) أو بعد مادرىء بشبهة (فإن له ولرب المال القطع) لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم توجد

والله تعالى أعلم (قوله سرق منه) بالبناء للمجهول والجملة صفة لسارق ، وقوله بعد القطع : أى قطع السارق الأول ، وقوله لم يقطع : أى السارق الثانى وقوله لأن يده : أى يد السارق الأول (قوله كما يأتى آنفا) أى قريبا وهو بكسر النون ، ويجوز فى أوله المد والقصر ، وقرىء بهما كما فى القاموس (قوله ويقطع بطلب المالك) شمل ما إذا حضر المسروق منه أو لم يحضر ، وعن محمد أنه لابد من حضوره وظاهر الرواية الأول كما فى النهر والزيلعى (قوله أى من الثلاثة) هم المودع والغاصب وصاحب الربا زيلعى وغيره ولا يخفى أن المراد بالمالك فى مسألة الربا هو المعطى لأنه باق على ملكه ، فهذا صريح فى أنه يقطع السارق بطلبه خلافا لما قدمه عن الشمنى ، ومثل الثلاثة غيرهم ممن مر كما فى الفتح وغيره (قوله وكذا بطلب الراهن) أى إذا كانت العين قائمة وقد قضى الدين ، أما إذا لم يقضه أو استهلك السارق العين فلا قطع بخصومته لأنه قبل الإيفاء لاحق له فى المطالبة بالعين ، وبالاستهلاك صار المرتهن مستوفيا لدينه : قال الزيلعى : وينبغى أن يقطع بخصومته فيما إذا زادت قيمة الراهن على دينه بما يبلغ نصابا لأن له المطالبة بما زاد كالوديعة ، وارتضاه فى الفتح ، وهو المذكور فى غاية البيان نهر أى أن له مطالبة السارق بعد الهلاك بما زاد كما عبر به الزيلعى ، فليس المراد أن له مطالبة المرتهن ، إذ ليس له ذلك (قوله لا بطلب المالك الخ) أى لايقطع السارق الثانى بطلب الخ (قوله لو سرق) قيد لطلب المالك ولطلب السارق (قوله بعد القطع) أى قطع الأول (قوله لسقوط عصمته) أى المال لأنه لاضمان على السارق بعد ماقطعت يمينه كما يذكره المصنف. قال فى الفتح : وقال مالك والشافعى فى قول يقطع بخصومة المالك ، لأنه سرق نصابا من حرز لاشبهة فيه :

ولنا أن المال لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم فى حقه ، وكذا فى حق المالك لعدم وجوب الضمان له ، فيد السارق الأول ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه اهـ (قوله أو بعد مادرىء بشبهة) كدعواه أنه ملكه ونحو ذلك كما يأتى :

واعترض بأن هذا يغنى عنه قوله قبل القطع . وفيه أن المتبادر من قوله قبل القطع كون القطع لازما له وهذا ساقط عنه بشبهة ، نعم يعلم حكم الساقط بالأولى ، لكنه تابع الهداية لزيادة الإيضاح فافهم (قوله فإن له) أى للسارق الأول (قوله لأن سقوط التقوم ضرورة القطع الخ) كذا فى الهداية ، وهو برفع ضرورة على أنه خبر أن أو بنصبه على أنه مفعول لأجله والخبر محذوف أى ثابت لضرورة القطع : أى أنه أمر ضرورى للقطع : أى أنه يلزم من وجوب القطع سقوط التقوم لاينفك عن القطع ولا يوجد بدونه ، لأن عدم سقوطه ينافى وجوب القطع كما يأتى بيانه ، هذا ماظهر لى : وفى هذا التعليل إشارة إلى الرد على ماقاله الكرخى والطحاوى من إطلاق عدم القطع سواء قطع الأول أولا كما قدمناه أول كتاب السرقة :

قلت : ومفهوم هذا التعليل أن المراد بقوله قبل القطع ما إذا لم يقطع الأول أصلا ، ويدل عليه مايأتى من أنه لافرق فى عدم الضمان بين هلاك العين واستهلاكها قبل القطع أو بعده ، فإذا لم تكن مضمونة بالاستهلاك قبل

فصار كالغاصب ، ثم بعد القطع هل للأول استرداده ؟ روايتان ، واختار الكمال رده للمالك .

(سرق شيئا ورده قبل الخصومة) عند القاضي (إلى مالكه) ولو حكما كأصوله ولو في غير عياله (أو ملكه) أي المسروق (بعد القضاء) بالقطع ولو بهبة مع قبض (أو ادعى أنه ملكه) وإن لم يبرهن للشبهة (أو نقصت قيمته من النصاب) بنقصان السعر في بلد الخصومة (لم يقطع) في المسائل الأربع :

(أقرا بسرقة نصاب ثم ادعى أحدهما شبهة) مسقطة للقطع

القطع ، يعني ثم قطع تحقق سقوط التقوم : فعلم أن التقوّم لايسقط إلا إذا لم يوجد قطع أصلا تأمل (قوله فصار كالغاصب) أي في أن له يدا صحيحة هي يد الضمان (قوله ثم بعد القطع الخ) أي قطع السارق الأول والأولى ذكر هذا قبل قوله بخلاف ماإذا سرق الخ (قوله روايتان) إحداهما له استرداد المسروق من السارق الثاني لحاجته إلى الرد الواجب عليه ، والأخرى لا لأن يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك فتح (قوله واختار الكمال الخ) أي اختار أن القاضي يرده من يد الثاني إلى المالك إن كان حاضرا وإلا حفظه له كما يحفظ أموال الغيب ، ولا يرده إلى الأول ولايبقيه مع الثاني لظهور خيانة كل منهما (قوله ورده قبل الخصومة) أي الدعوى والشهادة المترتبة عليها أو الإقرار ، وقيد بالرد قبل الخصومة لأنه لو رده بعدها سواء قضى بالقطع أو لا فإنه يقطع نهر (قوله ولو حكما كأصوله ولو في غير عياله) أي كوالده وجده ووالدته وجدته لأن لهؤلاء شبهة الملك فيثبت به شبهة الرد بخلاف ماإذا رده إلى عيال أصوله لأنه شبهة الشبهة وهي غير معتبرة . ومن الرد الحكمي الرد إلى فرعه وكل ذي رحم محرم منه إن كانوا في عياله والرد إلى مكاتبه وعبده بحر ، وكذا إلى زوجته وأجيره مشاهرة ، وهو الذي يسمى غلامه أو مسانهة فتح ، وتمامه فيه (قوله أو ملكه بعد القضاء بالقطع) لأن الإمضاء من القضاء في الحدود أي فالملك الحادث في هذه الحالة كالملك الحادث قبل القضاء ، لأن القاضي لما لم يمض صار كأنه لم يقض فلايستوفى القطع كما قبل القضاء ، وهذا لأن القاضي لايخرج عن عهدة القضاء في باب الحدود بمجرد قوله قضيت بل بالاستيفاء جلدا أو رجما أو قطعا فلا جرم كان الإمضاء من القضاء ، بخلاف حقوق العباد فإنه ثمة بمجرد قوله قضيت يخرج عن عهدة القضاء ، وإن السارق لو قطع بعد الملك قطع في ملك نفسه اهـ ط عن الشلبي (قوله ولو بهبة مع قبض) هكذا وقع التقييد بالقبض في الهداية .

ولقائل أن يقول : لايشترط القبض لأن الهبة تقطع الخصومة ، لأنه ما كان يهب ليخاصم فليتأمل شرنبلالية :

قلت : وهو بحث مخالف للمنقول مع أنه غير معقول فهو غير مقبول ، وذلك أن الخصومة قد وجدت لأن الكلام فيما بعد القضاء بالقطع ، لكنهم عدوا ملك المسروق بعد القضاء شبهة والهبة بدون قبض لا تفيد الملك فلم توجد الشبهة ، ولم يقل أحد باشتراط خصومة أخرى بعد القضاء بالقطع بل طلبه القطع غير شرط على الظاهر كما مر ، نعم يشترط حضوره عنده القطع كما تقدم فافهم (قوله أو ادعى أنه ملكه) أي بعد ماثبتت السرقة عليه بالبينة أو بالإقرار بحر (قوله للشبهة) هي احتمال صدقه ولذا صح رجوعه بعد الإقرار (قوله أو نقصت قيمته) أي بعد القضاء ، لأن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الإمضاء لما ذكرنا (قوله بنقصان السعر) أي لا بنقصان العين ، لأن العين لو نقصت فإنه يقطع لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما إذا استهلكه كله ، أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا بحر ، والمراد بنقصان العين فوات بعضها أو حدوث عيب فيها كما قدمناه أول كتاب السرقة (قوله في بلد الخصومة) أي وإن كان في البلد التي سرق فيها لم ينقص لما قدمه أول السرقة من أن المعتبر القيمة وقت السرقة ووقت القطع ومكانه (قوله أقرا بسرقة نصاب) أي أقر اثنان أنهما

(لم يقطعا) قيد بإقرارهما، لأنه لو أقر أنه سرق وفلان فأنكر فلان قطع المقر كقوله قتلت أنا وفلان .

(ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد) أى شهد اثنان (على سرقتهما قطع الحاضر) لأن شبهة الشبهة لاتعتبر .

(ولو أقر عبد) مكلف (بسرقة قطع وترد السرقة إلى المسروق منه) لو قائمة (كما لو قامت عليه بينة بذلك لكن (بشرط حضرة مولاه عند إقامتها) خلافا للثانى لاعند إقراره بحد اتفاقا .

(ولا غرم على السارق بعد ماقطعت يمينه) هذا لفظ الحديث درر وغيرها، ورواه الكمال «بعد قطع يمينه» (وترد العين لو قائمة) وإن باعها أو وهبها لبقائها على ملك مالكها (ولا فرق) فى عدم الضمان (بين هلاك العين واستهلاكها فى الظاهر) من الرواية، لكنه يفتى بأداء قيمتها ديانة، وسواء كان الاستهلاك (قبل القطع أو بعده)

سرقا نصابا أى جنسه، إذ لابد أن يصيب كلا منهما نصاب كما قدمه المصنف (قوله لم يقطعا) أى المدعى والآخر لأنها سرقة واحدة فلا تكون موجبة للقطع وغير موجبة (قوله قطع المقر) أى وحده، لأن إقراره على غيره لم يصح بتكذيبه فلم توجد الشركة فى السرقة (قوله لأن شبهة الشبهة لاتعتبر) قال الزيلعى : وكان أبو حنيفة أولا يقول لايجب عليه القطع لأن الغائب ربما يدعى الشبهة عند حضوره ثم رجع وقال يقطع لأن سرقة الحاضر تثبت بالحجة فلا يعتبر الموهوم، لأنه لو حضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر اهـ ح (قوله ولو أقر عبد مكلف الخ) أما لو كان صغيرا لم يقطع ويرد المال لو قائما وكان مأذونا، وإن هالكا يضمن وإن كان محجورا وصدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه لو قائما، ولو هالكا فلا ضمان ولا بعد العتق بحر (قوله قطع) لأن إقرار العبد على نفسه وبالحدود والقصاص صحيح من حيث أنه آدمى لأنه لاتهمة فيه، وإذا صح بالقطع صح بالمال بناء عليه، ولا فرق بين كون العبد مأذونا أو لا، صدقه المولى أولا، وتمامه فى البحر (قوله لو قائمة) فلو مستهلكة فلا ضمان ويقطع اتفاقا بحر (قوله كما لو قامت عليه بينة بذلك) أى فإنه يقطع بالطريق الأولى ويرد المال إلى المسروق منه بحر (قوله ولا غرم على السارق) التعبير بالغرم يفيد أن المسروق غير باق فلو قائما يؤمر بالرد؛ فقول المصنف بعد ويرد العين تصريح بمفهوم قوله ولا غرم ط (قوله وغيرها) كالهداية (قوله ورواه الكمال بعد قطع يمينه) عزاه إلى الدارقطنى، لكن عزاه العلامة نوح إلى الدارقطنى أيضا بلفظ المتن والمعنى واحد فإن ما مصدرية، وأعل الحديث بالإرسال وبجهالة بعض رواته، وجوابه مبسوط فى الفتح وحاشية نوح على الدرر، واستدلوا بعد الحديث بالمعقول أيضا . قال فى الفتح: ولأن وجوب الضمان ينافى القطع لأنه يتملكه بأداء الضمان مستندا إلى وقت الأخذ؛ فتبين أنه أخذ ملكه فلا يقطع فى ملكه لكن القطع ثابت قطعا، فما يؤدى إلى انتفائه وهو الضمان فهو المنتفى (قوله لبقائها على ملك مالكها) ولذا قال فى الإيضاح قال أبو حنيفة : لايحل للسارق الانتفاع بها بوجه من الوجوه، وكذا لو خاطها قميصا لايحل له الانتفاع به لأنه ملكه بوجه محظور، وقد تعذر إيجاب القضاء به فلا يحل الانتفاع، كمن دخل دار الحرب بأمان وأخذ شيئا من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة، وكالباغى إذا أتلف مال العادل ثم تاب فتح (قوله فى الظاهر من الرواية) وفى رواية الحسن: لايظهر سقوط العصمة فى حق الاستهلاك (قوله لكنه يفتى الخ) قال فى الفتح: وفى المبسوط: روى هشام عن محمد أنه إنما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة، فأما ديانة فيفتى بالضمان للحقوق والخسران والنقصان للمالك من جهة السارق (قوله قبل القطع) يعنى ثم قطع، لأن انتفاء الضمان إنما هو بسبب القطع كما علمت، وقدم الشارح أيضا أن سقوط التقوم ضرورة القطع (قوله أو بعده) لكن يفرق بينهما بما فى الكافى لو كان قبل القطع، فإن قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا، وإن قال أنا أختار القطع يقطع

مجتبى . وفيه لو استهلكه المشترى منه أو الموهوب له فللمالك تضمينه (ولو قطع لبعض السرقات لم يضمن شيئا) وقالا يضمن مالم يقطع فيه :

(سرق ثوبا فشقه نصفين ثم أخرجه قطع إن بلغت قيمته نصابا بعد شقه مالم يكن إتلافا) بأن ينقص أكثر من نصف القيمة فله تضمين القيمة فيملكه مستندا إلى وقت الأخذ فلا قطع زيلعى . وهل يضمن نقصان الشق مع القطع ؟ صحح الحبازى لا . وقال الكمال : الحق نعم ؛ ومتى اختار تضمين القيمة يسقط القطع لما مر .

(ولو سرق شاة فذبحها فأخرجها لا) لما مر أنه لاقطع فى اللحم (وإن بلغ لحمها نصابا) بل يضمن قيمتها .

ولا يضمن اه . قال فى البحر لأنه فى الأولى تضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال (قوله فللمالك تضمينه) أى تضمين المشترى أو الموهوب له ثم يرجع المشترى على السارق بالثمن لا بالقيمة تاترخانية عن المحيط وفيها عن شرح الطحاوى : لو قطع ثم استهلكه غيره كان للمسروق منه أن يضمنه قيمته اه ومثله فى النهر عن السراج . وظاهره أن غير المشترى والموهوب له مثلهما ، لكن ذكر فى التاترخانية أيضا : لو أودعه عند غيره فهلك الأصل فيه أن كل موضع لو ضمنه المالك له أن يرجع على السارق فليس له أن يضمنه ، وفى كل موضع لو ضمنه لايرجع على السارق فله أن يضمنه والذى يرجع عليه المودع والمستأجر والمرتهن اه .

قلت : ووجهه ظاهر ، لأن ما يثبت فيه الرجوع على السارق يلزم منه أن يكون مضمونا على السارق بعد القطع مع أنه غير مضمون عليه بخلاف مالا رجوع فيه عليه لكن هذا التفصيل ظاهر فى الهلاك ولذا فرض المسألة فيما لو أودعه فهلك ، بخلاف الاستهلاك فإن المستهلك متعد فلا رجوع له على السارق أصلا بلا فرق بين كونه مشتريا أو مودعا أو مستأجرا ، نعم للمشترى الرجوع بالثمن على السارق لأنه لما استهلكه وضمن قيمته ملكه من وقت الاستهلاك فيرجع على السارق بما دفعه إليه من الثمن لابالقيمة ، لظهور أن مادفعه إليه لايملك قبضه فيرجع به لا بما ضمن ، فاغتنم تحرير هذا المحل فإنه من فيض المولى عز وجل (قوله ولو قطع الخ) أى لو سرق سرقات فقطع فى أحدها بخصومة صاحبها وحده فهو : أى ذلك القطع بجميعها ولا يضمن شيئا لأرباب تلك السرقات عنده ؛ وقالا : يضمن كلها إلا التى قطع فيها ، فإن حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لايضمن شيئا من السرقات بالاتفاق فتح (قوله ثم أخرجه) فلو شقه بعد الإخراج قطع اتفاقا نهر ، وهو مفهوم بالأولى (قوله قطع) أى عندهما خلافا لأبى يوسف . ومحل الخلاف ما إذا شقه فاحشا وهو مايفوت به بعض العين وبعض المنفعة على الأصح ، واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب قطع عندهما خلافا له . أما إذا اختار تضمين القيمة وترك الثوب فلا قطع اتفاقا أما اليسير وهو مايتعيب به فقط فيقطع فيه اتفاقا نهر (قوله فله تضمين القيمة) أى من غير خيار بحر : أى ليس له تضمين النقصان والقطع (قوله فيملكه) أى السارق ، فصار كما إذا ملكه إياه لهبة بعد القضاء لايقطع على ماتقدم فتح (قوله وهل يضمن الخ) أى فيما إذا شقه نصفين ولم يكن إتلافا ح (قوله صحح الحبازى لا) أى لا يضمن كيلا يجتمع القطع مع الضمان (قوله وقال الكمال الحق نعم) حيث قال : والحق ماذكر فى عامة الكتب الأمهات أنه يقطع ويضمن النقصان إلى أن قال ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف مافات قبل الإخراج والقطع بإخراج الباقى فلا يمنع ، كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب (قوله ومتى اختار تضمين القيمة) أى فيما إذا كان الشق فاحشا ، إذ لو كان يسيرا يقطع بالاتفاق كما قدمناه قال فى الهداية إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة (قوله لما مر) أى قريبا من أنه يملكه مستندا إلى وقت الأخذ (قوله فذبحها فأخرجها) قيد بالإخراج بعد الذبح ، لأنه لو أخرجها حية وقيمتها عشرة ثم ذبحها يقطع وإن انتقصت قيمتها

(ولو فعل ماسرق من الحجرين وهو قدر نصاب) وقت الأخذ (دراهم أو دنانير) أو آنية (قطع وردت) وقالا : لاترد لتقوم الصنعة عندهما خلافا له : وأما نحو النحاس لو جعله أوانى ، فإن كان يباع وزنا فكذلك ، وإن عددا فهى للسارق اتفاقا اختيار :

(ولو صبغه أحمر أو طحن الحنطة) أو لت السويق (فقطع لارد ولا ضمان) وكذا لو صبغه بعد القطع بحر خلافا لما فى الاختيار (ولو) صبغه (أسود رده) لأن السواد نقصان خلافا للثانى وهو اختلاف زمان لابرهان .

(سرق فى ولاية سلطان ليس لسلطان آخر قطعه) إذ لاولاية له على من ليس تحت يده ؛ فليحفظ هذا الأصل

(إذا كان للسارق كفان فى معصم واحد) قيل يقطعان ، وقيل (إن تميزت الأصلية وأمكن الاقتصار على قطعها لم يقطع الزائد) لأنه غير مستحق للقطع (وإلا) تكن متميزة (قطعا هو المختار) لأنه لايتمكن من إقامة الواجب إلا بذلك سراج ، والله تعالى أعلم :

بالذبح طعن الحموى (قوله من الحجرين) أى الذهب والفضة (قوله دراهم) مفعول فعل (قوله لتقوم الصنعة عندهما خلافا له) وأصل الخلاف فى الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة أم لا بناء على أنها متقومة أم لا ، ثم وجوب القطع عنده لايشكل لأنه لم يملكها على قوله . وأما على قولهما فقيل لايجب القطع لأنه ملكها قبله ، وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه ، وعلى هذا الخلاف إذا اتخذه حليا أو آنية زيلعى (قوله فهى للسارق اتفاقا) لأن هذه الصنعة بدلت العين والاسم بدليل أنه تغير بها حكم الربا حيث خرجت عن كونها موزونة ، بخلاف مسألة الذهب والفضة لبقاء الاسم مع بقاء العين كما كانت حكما ، حتى لايصح بيع آنية فضة وزنها عشرة بأحد عشر كذا يفاد من الفتح (قوله فقطع) إنما قطع باعتبار سرقة الثوب الأبيض وهو لم يملكه أبيض بوجه ما والمملوك للسارق إنما هو المصبوغ ، وكذا يقطع بالحنطة وإن ملك الدقيق بحر (قوله لا رد) أى حال قيامه ولاضمان : أى حال استهلاكه ، وهذا عندهما . وقال محمد : يرد الثوب ويأخذ مازاد الصبغ لأن عين ماله قائم من كل وجه . ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى ، بدليل أن المسروق منه لو أخذ الثوب يضمن الصبغ وحق المالك قائم صورة لامعنى بدليل أنه غير مضمون على السارق نهر (قوله خلافا لما فى الاختيار) أى من أنه لو صبغه بعد القطع يرده ، وهو مخالف لقول الهداية : فإن سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه ، ولقول محمد سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر لم يؤخذ منه ، فإنه دليل على أنه لافرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده زيلعى وتبعه فى البحر والنهر .

قلت : لكن قول محمد وقد صبغه جملة حالية فمن أين يفيد كون الصبغ بعد القطع . ثم رأيت سعدجلبى اعترض الزيلعى بأن عبارة الهداية ليست كما نقله اه .

قلت : لأن عبارة الهداية هكذا : فإن سرق ثوبا فصبغه أحمر ثم قطع الخ فعبارة الهداية مساوية لعبارة المصنف والكنز . وقد ذكر الزيلعى أن مافى الكنز ذكر مثله فى المحيط والكافى ، ولايخفى أن هذه العبارة تؤيد مافى الاختيار ولم يبق لدعوى الزيلعى دليل ، فالاعتماد على ماقالوه لاعلى ما قاله فتنبه (قوله خلافا للثانى) لأن السواد زيادة عنده كالحمرة . وعند محمد زيادة أيضا كالحمرة ولكنه لايقطع حق المالك . وعند أبى حنيفة السواد نقصان ولا يوجب انقطاع حق المالك هداية (قوله وهو اختلاف زمان الخ) فإن الناس كانوا لايلبسون السواد في زمنه ويلبسونه فى زمنهما فتح (قوله سرق فى ولاية سلطان الخ) ذكره مع تعليله فى الدرر : وقال فى الشرنبلالية : ذكره فى الفيض : وفى مختصر الظهيرية معزوا إلى الإمام الأجل الشهيد (قوله إذ لا ولاية له الخ) أى فى وقت السرقة ، إذ لاشك أنهما فى وقت الدعوى تحت يده وهل كذلك بقية الحدود والقصاص أيضا؟ لم أره ، والله سبحانه وتعالى أعلم :

(باب قطع الطريق) وهو السرقة الكبرى

(من قصده) ولو فى المصر ليلا به يفتى (وهو معصوم على) شخص (معصوم) ولوذميا ، فلو على المستأمنين فلا حد (فأخذ قبل أخذ شيء وقتل) نفس (حبس)

باب قطع الطريق

أى قطع المارة عن الطريق فهو من الحذف والإيصال ، أو المراد بالطريق المارة من إطلاق المحل على الحال أو الإضافة على معنى فى : أى قطع فى الطريق : أى منع الناس المرور فيه ، أخره عن السرقة لأنه ليس سرقة مطلقة لأن المتبادر منها الأخذ خفية عن الناس ، وأطلق عليه اسمها مجازا لضرب من الإخفاء وهو الإخفاء عن الامام ومن نصبهم لحفظ الطريق ، ولذا لايطلق عليه اسمها إلا مقيدة بالكبرى ولزوم التقييد من علامات المجاز كما فى الفتح ، وسميت كبرى لعظم ضررها لكونه على عامة المسلمين أو لعظم جزائها (قوله من قصده) أى قصد قطع الطريق ، وعبر بمن ليفيد أنه لايشترط كون القاطع جماعة ، فيشمل ماإذا كان واحدا له منعة بقوته ونجدته كما فى القهستانى والفتح ، وشمل العبد ، وكذا المرأة فى ظاهر الرواية إلا أنها لاتصلب كما سيأتى (قوله ولو فى المصر ليلا) أى بسلاح أو بدونه وكذا نهارا لو بسلاح كما سيأتى ، وهذا هو رواية عن أبى يوسف أفتى بها المشايخ دفعا لشر المتغلبة المفسدين كما فى القهستانى عن الاختيار وغيره ، ومثله فى البحر . أما ظاهر الرواية فلابد أن يكون فى صحراء دارنا على مسافة السفر فصاعدا دون القرى والأمصار ولا مابينهما كما فى القهستانى .

وفى كافى الحاكم : وإن قطعوا الطريق فى دار الحرب على تجار مستأمنين أو فى دار الإسلام فى موضع غلب عسكر الخوارج ثم أتى بهم الإمام لم يمض الحدود عليهم (قوله وهو معصوم) أى بالعصمة المؤبدة وهو المسلم أو الذمى قهستانى . والعصمة : الحفظ ، والمراد عصمة دمه وماله بالإسلام أوعقد الذمة . وفى حاشية السيد أبوالسعود : مفاده لو قطع الطريق مستأمن لايحد ، وبه صرح فى شرح النقابة معللا بأنه لايخاطب بالشرائع . وحكى فى المحيط اختلاف المشايخ فيه (قوله فلوعلى المستأمنين فلا حد) لكن يلزمه التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخفاؤه ذمة المسلمين فتح . قال فى الشرنبلالية : ويضمن المال لثبوت عصمة مال المستأمن حالا وإن لم يكن على التأبيد ، ومحل عدم الحد بالقطع على المستأمن فيما إذا كان منفردا ، أما إذا كان مع القافلة فإنه يحد ولايصير شبهة ، بخلاف اختلاط ذى الرحم بالقافلة كما فى الفتح اه .

قلت : لكن لو لم يقع القتل والأخذ إلا فى المستأمن فلا حد كما فى الفتح أيضا .

[تنبيه] قد علم من شروط قطع الطريق كونه ممن له قوة ومنعة ، وكونه فى دار العدل ، ولو فى المصر ولو نهارا إن كان بسلاح ، وكون كل من القاطع والمقطوع عليه معصوما ، ومنها كما يعلم مما يأتى كون القطاع كلهم أجانب لأصحاب الأموال ، وكونهم عقلاء بالغين ناطقين ، وأن يصيب كلا منهم نصاب تام من المال المأخوذ ، وأن يؤخذوا قبل التوبة .

ثم اعلم أن القطع يثبت بالإقرار مرة واحدة . وعند أبى يوسف بمرتين ويسقط الحد برجوعه لكن يؤخذ بالمال إن أقربه يثبت بشهادة اثنين بمعاينته أو بالاقرار به ، فلو لأحدهما بالمعاينة والآخر بالإقرار لاتقبل ، ولو قالا قطعوا علينا وعلى أصحابنا لاتقبل لأنهما شهدا لأنفسهما ولو شهدا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولى يعرف أولايعرف لايحدهم إلا بمحضر من الخصم وتمامه فى الفتح آخر الباب (قوله حبس) ومافى الخانية من أنه

وهو المراد بالنفى فى الآية : وظاهر إن المراد توزيع الأجزية على الأحوال كما تقرر فى الأصول (بعد التعزير) لمباشرة منكر التخويف (حتى يتوب) لابالقول بل بظهور سيما الصلحاء (أو يموت، وإن أخذ مالا معصوما) بأن يكون لمسلم أو ذمى كما مر (وأصاب منه كلا نصاب قطع يده ورجله من خلاف إن كان صحيح الأطراف) لئلا يفوت نفعه وهذه حالة ثانية .

(وإن قتل) معصوما (ولم يأخذ) مالا (قتل) وهذه حالة ثالثة (حدا) لاقصاصا (ف)لذا (لايعفوه ولى، ولا يشترط أن يكون) القتل (موجبا للقصاص) لوجوبه جزاء لمحاربته لله تعالى بمخالفة أمره

يعزر ويخلى سبيله خلاف المشهور فتح، وأفاد أيضا أن الحبس فى بلده لافى غيرها خلافا لمالك (قوله وهو المراد بالنفى فى الآية) لأن النفى من جميع الأرض محال وإلى بلد أخرى فيه إيذاء أهلها فلم يبق إلا الحبس والمحبوس يسمى منفيا من الأرض ، لأنه لاينتفع بطيبات الدنيا ولذاتها ، ولايجتمع بأقاربه وأحبابه . قال فى الفتح قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف فى الغرر :

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها ... فلسنا من الأحياء (١) فيها ولا الموتى
إذا جاءنا السجان يوما لحاجة ... عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

(قوله وظاهر أن المراد الخ) أى وليس المراد ماقاله بعض السلف أن الإمام مخير فى هذه الأجزية الأربعة إذ من المقطوع به أنها أجزية على جناية القطع المتفاوتة خفة وغلظا ، ولايجوز أن يرتب على أغلظها أخف الأجزية المذكورة ، وعلى أخفها أغلظ الأجزية لأنه مما يدفعه قواعد الشرع والعقل، فوجب القول بالتوزيع على أحوال الجنايات لأنها مقابلة بها فاقتضت الانقسام . فتقدير الآية أنيقتلوا إن قتلوا ، أو يصلبوا إن قتلوا وأخذوا المال أوتقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن أخذوا المال أوينفوا إن أخافوا، وتمامه فى الفتح والزيلعى (قوله بعد التعزير) أى بالضرب ، وإلا فالحبس تعزير أيضا كما مر فى بابه (قوله أو يموت) عطف على يتوب (قوله وإن أخذ) أى القاطع أى جنسه السابق بالواحد والأكثر (قوله وأصاب منه كلانصاب) أى أصاب كل واحد منهم نصاب السرقة الصغرى (قوله إن كان صحيح الأطراف) حتى لوكانت يسراه شلاء لم تقطع يمينه ، وكذا لو كانت رجله اليسرى ولوكان مقطوع اليمنى لم تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى نهر ، ومفهومه أنه لو كانت يده اليمنى شلاء أو رجله اليسرى أو كلاهما قطع كما سبق فى السرقة الصغرى من أن استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز فالمراد بقوله إن كان صحيح الأطراف غير المستحقة للقطع أو الجمع لما فوق الواحد أو يراد بالصحيح مايقابل المقطوع دون الأشل أفاده السيد أبو السعود (قوله لئلا يفوت نفعه) علة لقوله من خلاف ط (قوله فلذا لايعفوه ولى) أى لكونه حدا خالص حق لله تعالى لايسع فيه عفو غيره فمن عفاعنه عصى الله تعالى فتح: قال وفى فتاوى قاضيخان : وإن قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ماذكرناه إلا أن يكون معناه إذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئا ومال إلى القتل فإنا سنذكر فى نظيرها أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان اه والمراد بما سيذكره ما يأتى أنه من الغرائب :

قلت : لكن ماأول به عبارة الخانية بعيد، والأقرب تأويلها بأن المراد بقوله ولم يأخذ المال أى النصاب بل أخذ مادونه وتصير المسألة حينئذ عين المسألة الآتى أنها من الغرائب (قوله ولايشترط الخ) أى فيقتل القاتل

---

(١) (قوله فلسنا من الأحياء الخ) أنشده الزيلعى بلفظ * فلسنا من الأموات فيها ولا الأحياء * وهذا أحسن ، وأنشده بعضهم :
* فلسنا من الموتى فيها ولا الأحياء * ولا يخفى أنه غير موزون .

وبهذا الحل يستغنى عن تقدير مضاف كما لايخفى :

(و) الحالة الرابعة (إن قتل وأخذ) المال خير الإمام بين ستة أحوال : إن شاء (قطع) من خلاف (ثم قتل أو) قطع ثم (صلب) أو فعل الثلاثة (أو قتل) وصلب أو قتل فقط (وصلب فقط) كذا فصله الزيلعي ويصلب (حيا) فى الأصح وكيفيته فى الجوهرة (ويبعج) بطنه (برمح) تشهيرا له ويخضخضه به (حتى يموت ويترك ثلاثة أيام من موته ، ثم يخلى بينه وبين أهله ليدفنوه و (لاأكثر منها) على الظاهر وعن الثانى يترك حتى يتقطع (وبعد إقامة الحد عليه لايضمن مافعل) من أخذ مال وقتل وجرح زيلعى (وتجرى الأحكام) المذكورة (على الكل بمباشرة بعضهم) الأخذ والقتل والإخافة (وحجر وعصا لهم كسيف :

و) الحالة : الخامسة : (إن انضم إلى الجرح أخذ قطع) من خلاف (وهدر جرحه) لعدم اجتماع قطع وضمان

والمعين سواء قتل بسيف أو حجر أو عصا كما يأتى (قوله وبهذا الحل) هو قوله بمخالفة أمره ح (قوله عن تقدير مضاف) أى فى قوله تعالى -يحاربون الله- وتقدير المضاف أولياء الله اهـ ح :

قلت : والأحسن عباد الله ليشمل الذمى كما نبه عليه فى الفتح :

والحاصل أنه لما كان المخالفة والعصيان سببا للمحاربة أطلقت المحاربة عليها من إطلاق المسبب على السبب (قوله خير الإمام بين ستة أحوال) ترك السابع من الأقسام العقلية وهو ما إذا اقتصر على القطع لأنه لايجوز اهـ ح :

أقول : الأقسام العقلية عشرة : لأنه إما أن يقتصر على القطع ، أو القتل أو الصلب ، أو يفعل الثلاثة ، فهذه أربعة ، أو يفعل اثنين منها القطع ثم القتل ، أو عكسه والقطع ، ثم الصلب أو عكسه ، والقتل ثم الصلب أو عكسه ، فهذه ستة مع الأربعة بعشرة لكن القطع بعد القتل غير مفيد كالزانى إذا مات فى أثناء الجلد كما فى الزيلعى ومثله القطع بعد الصلب (قوله إن شاء قطع من خلاف ثم قتل) أى بلا صلب خلافا لمحمد أنه لايقطع ولما عن أبى يوسف أنه لايترك الصلب (قوله ويصلب حيا) أى فيما إذا اختار الإمام صلبه أو فيما إذا قلنا بلزومه على قول أبى يوسف كذا فى الفتح ، أما فيما إذا اختار الجمع بين القتل والصلب ، فلا بد أن يكون القتل سابقا وإلا لم يبق فرق بين الجمع والاقتصار على الصلب (قوله فى الأصح) وعن الطحاوى أنه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة ويأتى جوابه قريبا (قوله وكيفيته فى الجوهرة) وهى أن تغرز خشبة فى الأرض ثم يربط عليها خشبة أخرى عرضا فيضع قدميه عليها ويربط من أعلاها خشبة أخرى ويربط عليها يديه (قوله ويبعج بطنه برمح) كذا فى الهداية وغيرها . وفى الجوهرة : ثم يطعن بالرمح ثديه الأيسر ويخضخض بطنه إلى أن يموت : وفى الاختيار تحت ثديه الأيسر ، ولا يرد أن فى الصلب مثله وهى منسوخة منهى عنها لأن الطعن بالرمح معتاد ، فلامثلة فيه ، ولو سلم فالصلب مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعا أفاده فى الفتح :

وفيه أيضا ولايصلى على قاطع الطريق كما علم من باب الشهيد (قوله على الظاهر) أى ظاهر الرواية لئلا يتأذى الناس برائحته (قوله من أخذ مال) أى إن كان هالكا كما يفيده قوله لايضمن وذلك لسقوط عصمته بالقطع كما مر فى السرقة الصغرى ، أما لو كان المال باقيا يرده إلى مالكه كما فى الملتقى (قوله وتجرى الأحكام المذكورة) من حبس وتعزير أو قطع فقط أو قتل فقط أو تخيير ط (قوله بمباشرة بعضهم) لأنه جزاء المحاربة وهى تتحقق بأن يكون البعض ردءا للبعض هداية (قوله وحجر) مبتدأ خبره كسيف (قوله لهم) أى لقطاع الطريق احترازا عن غيرهم فإنه لايقتل بالقتل بحجر وعصا لكن القتل هنا ليس بطريق القصاص بل هو حد ، وعن هذا قال فى النهر : إن هذه الجملة كالتى قبلها معلومة من قوله قتل حدا إلا أنه أراد زيادة الإيضاح (قوله إن انضم إلى الجرح أخذ) لم يتقدم للجرح ذكر ، فالأولى تعبير الكنز وغيره بقوله وإن أخذ مالا وجرح قطع الخ

(وإن جرح فقط) أى لم يقتل ولم يأخذ نصابا. قال الزيلعى : ولو كان مع هذا الأخذ قتل فلا حد أيضا لأن المقصود هنا المال وهى من الغرائب (أو قتل عمدا) وأخذ المال (فتاب) قبل مسكه، ومن تمام توبته رد المال ولو لم يرده قيل لاحد (أو كان منهم غير مكلف) أو أخرس (أو) كان (ذو رحم محرم من) أحد (المارة) أو شريك مفاوض

(قوله وإن جرح فقط) جواب الشرط قوله الآتى فلا حد كما سينبه عليه الشارح ، وهذا شروع فى ست مسائل لاحد فيها وحيث سقط الحد يؤاخذ بحقوق العباد من قصاص أو مال كما يأتى (قوله ولم يأخذ نصابا) أى بأن لم يأخذ شيئا أصلا أو أخذ مادون النصاب لأنه لما كان الأخذ الموجب للحد هو النصاب كان مادونه بمنزلة العدم كما فى البحر وتقدم أن الشرط أن يصيب كل واحد نصاب أى إذا كانوا جماعة ، ومثل مادون النصاب الأشياء التى لاقطع فيها كالتافه ، ومايتسارع إليه الفساد كما نبه عليه الزيلعى (قوله ولو كان مع هذا الأخذ) أى أخذ مادون النصاب المفهوم من قوله ولم يأخذ نصابا فافهم (قوله لأن المقصود هنا المال) أى أنه المقصود فى قطع الطريق ، وهذا جواب عن طعن عيسى بن أبان فى المسألة أن القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع الزيادة؟ قال الزيلعى : وجوابه أن قصدهم المال غالبا فينظر إليه لاغير ، بخلاف ما إذا اقتصروا على القتل لأنه تبين أن مقصدهم القتل دون المال فيحدون ، فعدت هذه من الغرائب اه .

قلت : وبيانه أن قطع الطريق سمى سرقة كبرى ، لأن مقصود القطاع غالبا أخذ المال ، وأما القتل فإنما هو وسيلة إلى أخذ المال ، لكن إذا أخافوا فقط أو قتلوا فقد رتب عليه الشرع حدا فيتبع لأنه تبين أنه المقصود دون المال . أما إذا وجد مع ذلك أخذ مال ظهر أن مقصودهم ماهو المقصود الأصل وهو المال فحينئذ ينظر إليه ، فإن بلغ نصابا لكل منهم وجب الحد لوجود شرطه وإلا فلا حد لعدمه ، وحيث لاحد وجب موجب القتل من قصاص أودية ووجب ضمان المال فافهم (قوله أو قتل عمدا) قيد بالقتل ليعلم حكم أخذ المال بالأولى بحر (قوله ومن تمام توبته رد المال الخ) أى لينقطع به خصومة صاحبه ، ولو تاب ولم يرده لم يذكره فى الكتاب. واختلفوا فيه ؛ فقيل لايسقط الحد كسائر الحدود ، وقيل يسقط أشار إليه محمد فى الأصل ، لأن التوبة تسقط الحد فى السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء فى النص ، فلا يصح قياسها على باقى الحدود مع معارضة النص فتح . وظاهره ترجيح القول الثانى ، فقول الشارح فقيل لاحد فيه نظر لأنه يفيد ضعفه . والظاهر أن هذا الخلاف عند عدم التقادم لما فى النهر عن السراج : لو قطع الطريق وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام فى أهله زمانا ثم قدر عليه درئ عنه الحد لأنه لايستوفى مع تقادم العهد اه . قال فى النهر : وبه علم أن مجرد الترك ليس توبة بل لابد أن تظهر عليه سيماها التى لاتخفى (قوله أو كان منهم غير مكلف) أى صبى أو مجنون لأنها جناية واحدة قامت بالكل فإذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وأنه لايثبت الحكم كالعامد والمخطئ إذا اشتركا فى القتل حيث لايجب القود . وعن أبى يوسف يحد الباقون لو باشر العقلاء زيلعى (قوله أو أخرس) أى خلافا لأبى يوسف زيلعى (قوله أو كان ذو رحم محرم) كان تامة وذو فاعل والمراد به أحد القطاع ، وقوله : من أحد المارة متعلق بمحرم والعلة فيه كما فيما قبله ، وشمل ما إذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم أولا ، لكن لم يأخذوا إلا من ذى الرحم المحرم وما إذا أخذوا منه أو من غيره فلا يحدون فى الأصح كما فى النهر وغيره .

[تنبيه] لو كان فى القافلة مستأمن لا يمتنع الحد مع أن القطع عليه وحده يمنعه كما قدمناه ، والفرق كما فى الفتح أن الامتناع فى حق المستأمن إنما كان لخلل فى عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه ، أما هنا فهو لخلل فى الحرز والقافلة حرز واحد فيصير كأن القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (قوله أو شريك مفاوض)

(أو قطع بعض المارة على بعض أو قطع) شخص (الطريق ليلا أو نهارا فى مصر أو بين مصرين) وعن الثانى إن قصده ليلا مطلقا أو نهارا بسلاح فهو قاطع، وعليه الفتوى بحر ودرر وأقره المصنف (فلا حد) جواب للمسائل الست (وللولى القود) فى العمد (أو الأرش) فى غيره (أو العفو) فيهما (العبد فى حكم قطع الطريق كغيره وكذا المرأة فى ظاهر الرواية) فتح لكنها لا تصلب مجتبى. وفى السراجية والدرر فيهم امرأة فباشرت الأخذ والقتل قتل الرجال دونها هو المختار، عشر نسوة قطعن وأخذن وقتلن قتلن وضمن المال (ويجوز أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه) لإطلاق الحديث «من قتل دون ماله فهو شهيد» فتح (ومن تكرر الخنق) بكسر النون (منه فى المصر)

أى لو كان فى المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لايحدون فتح ومقتضاه أن شريك العنان ليس كذلك، وينبغى أنه لو كان مال الشركة معه فى القافلة أنهم لايحدون لاختلال الحرز تأمل (قوله أو قطع بعض المارة) أى القافلة وبه عبر فى الكنز وهو أظهر، وإنما لم يقطع لأن الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه فى دار واحدة فتح (قوله وأقره المصنف) وكذا فى الزيلعى والقهستانى عن الاختيار والفتح عن شرح الطحاوى (قوله وللولى القود الخ) أى فى المسائل المذكورة. وحاصله أنه إذا لم يجب الحد لم يصيروا قطاعا فيضمنون ما فعلوا من قتل عمد أو شبه عمد أو خطإ أو جراحة، ورد المال لو قائما وقيمته لو هالكا أو مستهلكا، فتقييده بالقود يعلم منه حكم المال بالأولى، أو يراد بالأرش ما يشمل ضمان المال، والمراد بالولى من له ولاية المطالبة فيشمل صاحب المال ويشمل المجروح أيضا فى أولى المسائل المذكورة. وبه اندفع اعتراض البحر على الهداية بأن ذلك للمجروح لا لوليه لأنه إن أفضى الجرح إلى القتل ينبغى أن يجب الحد اهـ أى لو مات بالجراحة يرجع إلى الحالة الثالثة، وهى ما لو قتل فقط فينبغى أن يحد فلا يكون لوليه القود (قوله فى ظاهر الرواية) كذا نص عليه فى المبسوط وهو اختيار الطحاوى خلافا للكرخى من أن المرأة كالصبى وهو ضعيف الوجه مع مصادمته لإطلاق القرآن، فالعجب ممن عدل عن ظاهر الرواية كصاحب الدراية والتجنيس والفتاوى الكبرى وغيرهم وتمامه فى الفتح (قوله هو المختار) قال فى الشرنبلالية: هذا غير ظاهر الرواية (قوله قتلن) أى قصاصا لاحدا بدليل قوله وضمن المال، وهذا بناء على أن المرأة لا تكون قاطعة طريق. قال فى الشرنبلالية: هو كذلك مبنى على خلاف ظاهر الرواية كما فى الفتح اهـ ح.

قلت: فكان ينبغى للشارح عدم ذكر هذين الفرعين لمخالفتهما لما مشى عليه المصنف من ظاهر الرواية (قوله ويجوز أن يقاتل دون ماله) أى تحت ماله أو فوقه أو قدامه أو وراءه، فإن لفظ دون يأتى لمعان المناسب منها ما ذكرنا وقال بعضهم على ماله (قوله وإن لم يبلغ نصابا) أى نصاب السرقة وهو عشرة دراهم كما فى منية المفتى. وفى التجنيس: دخل اللص دارا وأخرج المتاع فله أن يقاتله مادام المتاع معه لقوله عليه الصلاة والسلام «قاتل دون مالك» فإن رمى به ليس له أن يقتله لأنه لايتناوله الحديث. وفى البزازية وغيرها: رجل قتله رب الدار، فان برهن أنه كابره فدمه هدر، وإلا فإن لم يكن المقتول معروفا بالسرقة والشر قتل به قصاصا، وإن كان منهما تجب الدية فى ماله استحسانا لأن دلالة الحال أورثت شبهة فى القصاص لافى المال. وفى الفتح أخذ اللصوص متاع قوم فاستغاثوا بقوم فخرجوا فى طلبهم، فإن كان أرباب المتاع معهم أو غابوا لكن يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم حل لهم قتال اللصوص، وإن كانوا لايعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد لايحل وتمامه فيه (قوله بكسر النون) أى ككتف وتسكن للتخفيف ومثله الحلف والحلف وفعله من باب قتل مصباح (قوله فى المصر) وكذا فى غيره كما فى شرح

أى خنق مرارا ذكره مسكين (قتل به) سياسة لسعيه فى الأرض بالفساد وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل (وإلا) بأن خنق مرة (لا لأنه كالقتل بالمثقل) وفيه القود عند غير أبى حنيفة رحمه الله تعالى .

الشابى عن الجامع الصغير ، فهو قيد اتفاقى بل غير المصر يعلم بالأولى وإنما قيد به لئلا يتوهم أنه لا يكون كذلك فى المصر كما فى قطع الطريق (قوله أى خنق مرارا) أراد مرتين فصاعدا بقرينة قوله الآتى وإلا بأن خنق مرة. وفى البحر: قيد بتعدده لأنه لو خنق مرة واحدة فلا قتل عند الإمام (قوله سياسة) قدمنا الكلام عليها فى حد الزنا (قوله وكل من كان كذلك) كاللوطى والساحر والعوانى والزنديق والسارق كما قدمناه فى أوائل باب التعزير (قوله عند غير أبى حنيفة) أى عند صاحبيه ومن وافقهما من باقى الأئمة ، أما عند أبى حنيفة فتجب الدية على عاقلته كما فى البحر والله سبحانه أعلم .

بسم الله وبحمده ، والصلاة والسلام على نبيه وعبده ، وعلى آله وصحبه وجنده . وبعد: فيقول مؤلفه أفقر العباد إلى عفو مولاه يوم التناد ، محمد أمين الشهير بابن عابدين ، خادم العلوم الشرعية ، فى دمشق الشام المحمية قد نجز تسويد هذا النصف المبارك ، بعون الله جل وتبارك ، من الحاشية المسماة [رد المحتار ، على الدر المختار] فى صفر الخير سنة ثمان وأربعين ومائتين وألف ، من هجرة نبينا محمد الذى تم به الألف ، صلى الله عليه وسلم وشرف وعظم ، فجاء بحمد الله تعالى مكملا فرعا وأصلا ، ردا للمحتار على الدر المختار اسما وفعلا ، لاشتماله على تنقيح عباراته ، وتوضيح رموزه وإشاراته ، والاعتناء ببيان ماهو الصحيح المعتمد ، وماهو معترض ومنتقد ، وتحرير المسائل المشكله ، والحوادث المعضلة ، التى لم يوضح كثيرا منها أحد قبل ذلك ، ولا سلك مهامه بيانها سالك ، مشحونا بذخائر زبر المتقدمين ، وخلاصة كتب المتأخرين ، ورسائلهم المؤلفة فى الحوادث الغريبة ، الجامعة للفوائد العجيبة ، كرسائل العلامة ابن نجيم الأربعين ، ورسائل العلامة الشرنبلالية الستين ، وكثير من رسائل العلامة على القارى خاتمة الراسخين ، ورسائل سيدى عبد الغنى النابلسى الحبر المتين ، ورسائل العلامة قاسم خاتمة المجتهدين ، وحواشى البحر والمنح والأشباه وجامع الفصولين للفهامة الشيخ خير الدين ، وفتاويه الخيرية وفتاوى ابن الشلبى والرحيمى ، والشيخ إسمعيل ، والفتاوى الزينية والتمرتاشية والحامدية وفتاوى غيرهم من المفتين وتحريرات شيوخنا ومشايخهم المعتبرين ، ومامن به الله تعالى على عبده من الرسائل التى ناهزت الثلاثين ، وماحررته ونقحته فى كتابى تنقيح الفتاوى الحامدية الذى هو بهجة الناظرين ، وغير ذلك من كتب السادة الأخيار المعتمدين ، مع بيان ماوقع من سهو أو غلط فى كتب الفتاوى وكتب الشارحين ، ولا سيما ماوقع فى البحر والنهر والمنح والأشباه والدرر وكتب المحشين ، حتى صار بحمد الله تعالى عمدة المذهب ، والطراز المذهب ، ومرجع القضاة والمفتين ، كما يعلمه من غاص بأفكاره فى تياره من العلماء العاملين ، الخالين عن داء الحسد المضنى للجسد الصادقين المنصفين . فدونك كتابا قد أعملت فيه الفكر ، وألزمت فيه الجفن السهر ، وغرست فيه من فنون التحرير أفنانا ، وفتقت فيه عن عيون المشكلات أجفانا ، وأودعت فيه من كنوز الفوائد ، عقود الدرر الفرائد ، وبسطت فيه من أنفع المقاصد ، أحسن الموائد ، وجلوت فيه على منصة الأنظار ، عرائس أبكار الأفكار ، وكشفت فيه بتوضيح العبارات ، قناع المخدرات ، ولم أكتف بتلويح الإشارات ، عن تنقيح كشف تحرير الخفيات ، فهو يتيمة الدهر ، وغنيمة أهل العصر ، وماذاك إلا بمحض إنعام المولى ، الذى هو بكل حمد وشكر أحق وأولى ، حيث أبرز هذه الجواهر المكنونة ، والدرر الفرائد المصونة ، فى ميمون أيام خليفة الله فى أرضه ، القائم بواجب حقه وفرضه ، رافع ألوية الشريعة البديعة ومؤيدها ، وموطد أبنيتها المنيعة والرفيعة ومشيدها ، المجاهد فى سبيل الله حق جهاده ، والقاطع لدابر الكافرين بجده واجتهاده ، الذى ابتسمت ثغور البلاد ببارقات مرهفاته ، وبكت عيون عيون ذوى العناد بقاهرات عزماته ، وأبدع نظام

كتاب الجهاد

كتائب الجيوش بآرائه السديدة ، ورفع أفئدة الأكاسرة القياصرة بقوة بطشته الشديدة ، يكاد سنا برق طلعته يذهب بالأبصار ، وغصن رأفته يميس لينا كميس الأغصان ذات الأزهار ، وتكاد صواعق سطوته تزيح صم الجبال ، ومواكب كتائب حوزته تفتى عدد الرمال ، من أنام الأنام فى أيامه فى ظل الأمان ، ورعى الرعية فى مراعى الرعاية والإحسان ، وأنار بنوار رياض أمنه بلاد المسلمين ، فضاء فضاء صدورهم بنور اليقين ، وأزاح غيوم غمومهم بردع المشركين ، فلاح فلاح قلوبهم لأعين الناظرين ، راخ وراح غفلاتهم بإيقاظ النائمين ، فصاح فصاح ألسنتهم بالدعاء له كل حين :

خليفـة خلفت أنوار غرته شمس الضحى ونداه يخلف الديما

سـالت فواضله للمعتفى نعما صالت نواضله للمعتدى نقما

السلطان الأعظم ، والخاقان الأفخم ، تاج ملوك العرب والعجم ، ظل الله فى أرضه للأمم ، محمود الذات ، ممدوح الصفات ، لا زالت دعائم سلطنته قائمة ، وعيون الحوادث عنها نائمة ، ولا برحت رياض عزته مخضرة بديم الديمومة والأبود ، ورياحين ذريته ريانة بطلاوة التأبيد والخلود ، ولازالت أعيان دولته من علمائه وقضاته ووزرائه ، يزيل نبراس آرائهم دجى الجور بسناه وسنائه ، ولافتئت نجوم جنوده الساطعة فى أفلاك سمائه ، شهبا ثواقب على مردة أعدائه ، آمين آمين آمين .

وهذا ، وقد نجز هذا السفر المسفر ، عن روض أريض مزهر ، مقابلة وتصحيحا بحسب الإمكان ، سوى ماشذ بعروض سهو أو نسيان ، لا تخلو عنه جبلة الإنسان ، وذلك برسم من أمر باستكتابه ، رغبة فى نيل رضا مولاه وثوابه الإمام الهمام ، علىّ القدر والمقام ، من امتطى الجوزاء بزمام وصال فى مواكب العز وحام ، واشتهر اشتهار البدر فى الظلام ، قاضى قضاة الإسلام ، منفذ القضايا والأحكام بالإتقان والإحكام ، ذى الخيرات الحميدة ، والمآثر الفريدة التى لا ترام ، مولانا عبد الحليم أفندى كجه جى زاده القاضى سابقا بدمشق الشام ، دام فى عز وإنعام ، ومجد واحترام ، بجاه من هو للأنبياء ختام ، وآله وصحبه السادة الكرام ، عليه وعليهم الصلاة والسلام ، فى البدء والختام.

كتبه أسير وصمة ذنبه ، الراجى عفو ربه محمد أمين الشهير بابن عابدين ، غفر الله تعالى له ولوالديه ولكل المسلمين آمين آمين آمين :

كتاب الجهاد

هذا الكتاب يعبر عنه بالسير والجهاد والمغازى ؛ فالسير جمع سيرة وهى فعلة بكسر الفاء من السير ، فتكون لبيان هيئة السير ، وحالته إلا أنها غلبت فى لسان الشرع على أمور المغازى ومايتعلق بها كالمناسك على أمور الحج وقالوا السير الكبير ، فوصفوها بصفة المذكر لقيامها مقام المضاف الذى هو الكتاب كقولهم صلاة الظهر وسير الكبير خطأ كجامع الصغير وجامع الكبير بحر :

مطلب فى فضل الجهاد

قلت : والسير الكبير والسير الصغير كتابان للإمام محمد بن الحسن رحمه الله تعالى على صيغة جمع سيرة لاعلى صيغة المفرد. هذا وفضل الجهاد عظيم ، كيف وحاصله بذل أعز المحبوبات وهو النفس وإدخال أعظم المشقات عليه تقربا بذلك إلى الله تعالى وأشق منه قصر النفس على الطاعات على الدوام ، ومجانبة هواها ولذا قال صلى الله عليه وسلم

أورده بعد الحدود لاتحاد المقصود ، ووجه الترقى غير خفى .

وقد رجع من غزاة «رجعنا من الجهاد الأصغر إلى الجهاد الأكبر» ويدل عليه أنه صلى الله عليه وسلم أخره فى الفضيلة عن الصلاة على وقتها فى حديث ابن مسعود «قلت : يارسول الله أى الأعمال أفضل ؟ قال : الصلاة على ميقاتها . قلت : ثم أى ؟ قال : بر الوالدين . قلت : ثم أى ؟ قال الجهاد فى سبيل الله ولو استزدته لزادنى» رواه البخارى ، وجاء تأخيره عن الإيمان فى حديث أبى هريرة المتفق عليه قال «سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى العمل أفضل ؟ قال إيمان بالله ورسوله . قيل ثم ماذا ؟ قال : الجهاد فى سبيل الله ، قيل ثم ماذا ؟ قال حج مبرور» ويجب أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الإيمان من عموم المجاز . ولا تردد فى أن المواظبة على أداء فرائض الصلاة فى أوقاتها أفضل من الجهاد لأنها فرض عين وتتكرر ، ولأن الجهاد ليس إلا للإيمان وإقامة الصلاة ، فكان حسنا لغيره والصلاة حسنة لعينها وهى المقصودة منه وتمام تحقيق ذلك مع ماورد فى فضل الجهاد المذكور فى الفتح :

مطلب المواظبة على فرائض الصلاة فى أوقاتها أفضل من الجهاد

قلت : وقد نص على ذلك الإمام السرخسى فى شرح السير الكبير حيث قال عن أبى قتادة «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام يخطب الناس ، فحمد الله وأثنى عليه ثم ذكر الجهاد فلم يدع شيئا أفضل من الجهاد إلا الفرائض» يريد به الفرائض التى تثبت فريضتها عينا وهى الأركان الخمسة ، لأن فرض العين آكد من فرض الكفاية ، والثواب بحسب آكدية الفرضية ، فلهذا استثنى الفرائض :

مطلب فى تكفير الشهادة مظالم العباد

ثم ذكر أحاديث فى أن الشهيد تكفر خطاياه إلا الدين وقال إذا كان محتسبا صابرا مقبلا قال : وفيه بيان شدة الأمر فى مظالم العباد ، وقيل كان هذا فى الابتداء حين نهى صلى الله عليه وسلم عن الاستدانة لقلة ذات يدهم وعجزهم عن قضائه ، ولهذا كان لا يصلى على مديون لم يخلف مالا ثم نسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام « من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا فهو على» وورد نظيره فى الحج «أنه صلى الله عليه وسلم دعا لأمته بعرفات ، فاستجيب له إلا المظالم ثم دعا بالمشعر الحرام فاستجيب له حتى المظالم فنزل جبريل عليه السلام يخبره أنه تعالى يقضى عن بعضهم حق البعض» فلا يبعد مثل ذلك فى حق الشهيد المديون :

مطلب فيمن يريد الجهاد مع الغنيمة

ثم ذكر حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه « أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم فقال رجل يريد الجهاد فى سبيل الله وهو يريد عرض الدنيا ، فقال عليه الصلاة والسلام لا أجر له» الحديث . قال : ثم تأويله من وجهين : أحدهما : أن يرى أنه يريد الجهاد ومراده فى الحقيقة المال ، فهذا كان حال المنافقين ولا أجر له ، أو يكون معظم مقصوده المال وفى مثله قال عليه الصلاة والسلام للذى استؤجر على الجهاد بدينارين «إنما لك ديناراك فى الدنيا والآخرة» وأما إذا كان معظم مقصوده الجهاد ، ويرغب معه فى الغنيمة فهو داخل فى قوله تعالى – ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم – يعنى التجارة فى طريق الحج فكما أنه لا يحرم ثواب الحج فكذا الجهاد (قوله لاتحاد المقصود) وهو إخلاء الأرض من الفساد ح (قوله ووجهه الترقى) أى من الحدود إلى الجهاد (قوله غير خفى) لأن الحدود

وهو لغة : مصدر جاهد فى سبيل الله .

وشرعا : الدعاء إلى الدين الحق وقتال من لم يقبله شمنى. وعرفه ابن الكمال بأنه بذل الوسع فى القتال فى سبيل الله مباشرة أو معاونة بمال ، أو رأى أو تكثير سواد أو غير ذلك اه .

ومن توابعه : الرباط وهو الإقامة فى مكان ليس وراءه إسلام هو المختار وصح « أن صلاة المرابط بخمسمائة ودرهمه بسبعمائة وإن مات فيه أجرى عليه عمله ورزقه

إخلاء عن الفسق والجهاد إخلاء عن الكفر ح (قوله مصدر جاهد) أى بذل وسعه وهذا عام يشمل المجاهد بكل أمر بمعروف ، ونهى عن منكر ح .

قلت : فلم يذكر الشارح معناه لغة بل بين تصريفه (قوله وقتال من لم يقبله) أى قتاله مباشرة أولا فتعريف ابن كمال تفصيل لإجمال هذا ح (قوله فى القتال) أى فى أسبابه وأنواعه من ضرب وهدم وحرق وقطع أشجار ونحو ذلك (قوله أو معاونة الخ) أى وإن لم يخرج معهم بدليل العطف ط (قوله أو تكثير سواد) السواد العدد الكثير وسواد المسلمين جماعتهم مصباح (قوله أو غير ذلك) كمداواة الجرحى وتهيئة المطاعم والمشارب ط .

مطلب فى الرباط وفضله

(قوله ومن توابعه الرباط الخ) قال السرخسى فى شرح السير الكبير : والمرابطة المذكورة فى الحديث : عبارة عن المقام فى ثغر العدو لإعزاز الدين ودفع شر المشركين عن المسلمين وأصل الكلمة من ربط الخيل قال الله تعالى — ومن رباط الخيل — والمسلم يربط خيله حيث يسكن من الثغر ليرهب العدو به وكذلك يفعله عدوه ولهذا سمى مرابطة اه واشترط الإمام مالك أن يكون غير الوطن ونظر فيه الحافظ ابن حجر بأنه قد يكون وطنه وينوى بالإقامة فيه دفع العدو ومن ثم اختار كثير من السلف سكنى الثغور (قوله هو المختار) لأن مأذونه لو كان رابطا فكل المسلمين فى بلادهم مرابطون وتمامه فى الفتح .

قلت : لكن لو كان الثغر المقابل للعدو لا تحصل به كفاية الدفع إلا بثغر وراءه فهما رباط كما لا يخفى (قوله وصح الخ) هذا لم يذكره فى الفتح حديثا واحدا لأنه قال : والأحاديث فى فضله كثيرة منها مافى صحيح مسلم من حديث سلمان رضى الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « رباط يوم فى سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وإن مات فيه أجرى عليه عمله الذى كان يعمل وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان » زاد الطبرانى « وبعث يوم القيامة شهيدا » وروى الطبرانى بسند ثقات فى حديث مرفوع « من مات مرابطا أمن الفزع الأكبر » ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبى هريرة « وبعثه الله يوم القيامة آمنا من الفزع » وعن أبى أمامة عنه عليه الصلاة والسلام قال « إن صلاة المرابط تعدل خمسمائة صلاة ونفقته الدينار والدرهم منه أفضل من سبعمائة دينار ينفقه فى غيره » اه (قوله أجرى عليه عمله ورزقه) قال السرخسى وقوله : أجرى عليه عمله نمى له عمله ، وذلك فى كتاب الله تعالى — ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله — وقال عليه الصلاة والسلام « من مات فى طريق الحج كتب له حجة مبرورة فى كل سنة » فهذا هو المراد أيضا فى كل من مات مرابطا إنه يجعل بمنزلة المرابط إلى فناء الدنيا فيما يجرى له من الثواب لأن نيته استدامة الرباط لو بقى حيا إلى فناء الدنيا والثواب بحسب النية اه .

وأمن الفتان وبعث شهيدا آمنا من الفزع الأكبر» وتمامه فى الفتح (هو فرض كفاية) كل مافرض لغيره فهو فرض كفاية إذا حصل المقصود بالبعض ،

قلت : ومقتضاه أن المراد باجراء العمل دوام ثواب الرباط كما صرح به فى حديث آخر ذكره السرخسى ومن قتل مجاهدا أو مات مرابطا فحرام على الأرض أن تأكل لحمه ودمه ولم يخرج من الدنيا ، حتى يخرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه ، وحتى يرى مقعده من الجنة وزوجته من الحور العين وحتى يشفع فى سبعين من أهل بيته ويجرى له أجر الرباط إلى يوم القيامة وظاهره أن من مات مرابطا يكون حيا فى قبره كالشهيد وبه يظهر معنى إجراء رزقه عليه :

مطلب فى بيان من يجرى عليهم الأجر بعد الموت

[تنبيه] قال الشارح فى شرحه على الملتقى قد نظم شيخنا الشيخ عبد الباقى الحنبلى المحدث ثلاثة عشر ممن يجرى عليه الأجر بعد الموت على ماجاء فى الأحاديث وأصلها للحافظ الأسيوطى رحمه الله تعالى فقال :

إذا مات ابن آدم جاء يجرى ... عليه الأجر عد ثلاث عشر
علوم بثها ودعاء نجل ... وغرس النخل والصدقات تجرى
وراثة مصحف ورباط ثغر ... وحفر البئر أو إجراء نهر
وبيت للغريب بناه يأوى ... إليه أو بناء محل ذكر
وتعليم لقرآن كريم ... شهيد للقتال لأجل بر
كذا من سن صالحة ليقفى ... فخذها من أحاديث بشعر

مطلب المرابط لايسأل فى القبر كالشهيد

(قوله وأمن الفتان) ضبط أمن بفتح الهمزة وكسر الميم بلا واو وأومن بضم الهمزة وبزيادة واو وضبط الفتان بفتح الفاء أى فتان القبر ، وفى رواية أبى داود فى سننه « وأمن من فتانى القبر » وبضمها جمع فاتن قال القرطبى : وتكون للجنس أى كل ذى فتنة :

قلت : أو المراد فتان القبر من إطلاق صفة الجمع على اثنين أو على أنهم أكثر من اثنين فقد ورد أن فتان القبر ثلاثة أو أربعة وقد استدل غير واحد بهذا الحديث على أن المرابط لايسأل فى قبره كالشهيد علقمى على الجامع الصغير (قوله هو فرض كفاية) قال فى الدر المنتقى وليس بتطوع أصلا هو الصحيح فيجب على الإمام أن يبعث سرية إلى دار الحرب كل سنة مرة أو مرتين ، وعلى الرعية إعانته إلا إذا أخذ الخراج فإن لم يبعث كان كل الإثم عليه وهذا إذا غلب على ظنه أنه يكافئهم وإلا فلا يباح قتالهم بخلاف الأمر بالمعروف قهستانى عن الزاهدى اه (قوله إذا حصل المقصود بالبعض) هذا القيد لابد منه لئلا ينتقض بالنفير العام فإنه معه مفروض لغيره مع أنه فرض عين لعدم حصول المقصود بالبعض نهر :

قلت : يعنى أنه يكون فرض عين على من يحصل به المقصود وهو دفع العدو فمن كان بحذاء العدو إذا لم يمكنهم مدافعته يفترض عينا على من يليهم ، وهكذا كما سيأتى ، ولا يخفى أن هذا عند هجوم العدو أوعند خوف هجومه وكلا منا فى فريضته ابتداء ، وهذا لايمكن أن يكون فرض عين إلا إذا كان بالمسلمين قلة والعياذ بالله

وإلا ففرض عين ولعله قدم الكفاية لكثرته (ابتداء) وإن لم يبدءونا وأما قوله تعالى : ـ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ـ وتحريمه فى الأشهر الحرم فمنسوخ بالعمومات كاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم (إن قام به البعض) ولو عبيدا أو نساء (سقط عن الكل وإلا) يقم به أحد فى زمن ما (أثموا بتركه) أى أثم الكل من المكلفين ،

تعالى بحيث لايمكن أن يقوم به بعضهم ، فحينئذ يفترض على كل واحد منهم عينا تأمل (قوله ولعله قدم الكفاية) أى الذى هو فرض كفاية على فرض العين ، وهو الآتى فى قوله وفرض عين إن هجم العدو (قوله لكثرته) أى كثرة وقوعه (قوله وأما قوله تعالى الخ) جواب عما يرد على قوله ابتداء ، وعلى عدم تقييده بغير الأشهر الحرم ثم اعلم أن الأمر بالقتال نزل مرتبا فقد كان صلى الله عليه وسلم مأمورا أولا بالتبليغ ، والإعراض : ـ فاصدع بما تؤمر وأعرض عن المشركين ـ ثم بالمجادلة بالأحسن ـ ادع إلى سبيل ربك الآية ـ ثم أذن لهم بالقتال ـ أذن للذين يقاتلون ـ الآية ، ثم أمروا بالقتال إن قاتلوهم ـ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ـ ثم أمروا به بشرط انسلاخ الأشهر الحرم ـ فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين ـ ثم أمروا به مطلقا ـ وقاتلوا فى سبيل الله الآية ـ واستقر الأمر على هذا سرخسى ملخصا يعنى فى جميع الأزمان والأماكن ، سوى الحرم كما فى القهستانى عن الكرمانى ثم نقل عن الخانية أن الأفضل أن لايبتدأ به فى الأشهر الحرم اه والمراد بقوله : سوى الحرم إذا لم يدخلوا فيه للقتال فلو دخلوه للقتال حل قتالهم فيه لقوله تعالى ـ حتى يقاتلوكم فيه ـ وتمامه فى شرح السير (قوله إن قام به البعض) هذه الجملة وقعت موقع التفسير لفرض الكفاية فتح :

مطلب فى الفرق بين فرض العين وفرض الكفاية

وحاصله : أن فرض الكفاية مايكفى فيه إقامة البعض عن الكل لأن المقصود حصوله فى نفسه من مجموع المكلفين كتغسيل الميت وتكفينه ورد السلام بخلاف فرض العين ، لأن المطلوب إقامته من كل عين أى من كل ذات مكلفة بعينها ، فلا يكفى فيه فعل البعض عن الباقين ، ولذا كان أفضل كما مر لأن العناية به أكثر ثم إن فرض الكفاية إنما يجب على المسلمين العالمين به سواء كانوا كل المسلمين شرقا ومغربا أو بعضهم قال القهستانى : وفيه رمز إلى أن فرض الكفاية على كل واحد من العالمين به بطريق البدل ، وقيل : إنه فرض على بعض غير معين والأول المختار لأنه لو وجب على البعض ، لكان الآثم بعضا مبهما وذا غير مقبول وإلى أنه قد يصير بحيث لايجب على أحد ، وبحيث يجب على بعض دون بعض ، فإن ظن كل طائفة من المكلفين أن غيرهم قد فعلوا سقط الواجب عن الكل ؛ وإن لزم منه أن لايقوم به أحد وإن ظن كل طائفة أن غيرهم لم يفعلوا وجب على الكل ، وإن ظن البعض أن غيرهم أتى به وظن آخرون أن غيرهم ماأتى به وجب على الآخرين دون الأولين ، وذلك لأن الوجوب هاهنا منوط بظن المكلف ، لأن تحصيل العلم بفعل الغير وعدمه فى أمثال ذلك فى حيز التعسر ، فالتكليف به يؤدى إلى الحرج وتمامه فى مناهج العقول وإلى أنه لم يجب على الجاهل به ومافى حواشى الكشاف للفاضل التفتازانى إنه يجب عليه أيضا فمخالف للمتداولات اه (قوله فى زمن ما) مفهومه أنه إذا قام به البعض فى أى زمن سقط عن الباقين مطلقا ، وليس كذلك ط لما تقدم من أنه يجب على الإمام فى كل سنة مرة أو مرتين وحينئذ فلا يكفى فعله فى سنة عن سنة أخرى (قوله من المكلفين) أى العالمين به كما مر ونظيره أنه لو مات واحد من جماعة مسافرين فى مفازة ، فإنما يجب تكفينه والصلاة عليه كفاية على باقى رفقائه

وإياك أن تتوهم أن فرضيته تسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم مثلا بل يفرض على الأقرب فالأقرب من العدو إلى أن تقع الكفاية فلو لم تقع إلا بكل الناس فرض عينا كصلاة وصوم ومثله الجنازة والتجهيز وتمامه فى الدرر (لا) يفرض (على صبى) وبالغ له أبوان

العالمين به دون غيرهم (قوله وإياك الخ) كذا فى شرح ابن كمال ومثله فى الحواشى السعدية (قوله بقيام أهل الروم مثلا) إذ لايندفع بقتالهم الشر عن الهنود المسلمين نهر عن الحواشى السعدية ثم قال فيها وقوله تعالى - قاتلوا الذين يلونكم من الكفار - يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر ، ثم قال فى موضع آخر - والآية تدل على أن الجهاد فرض على كل من يلى الكفار من المسلمين ، على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند ، وأهل ماوراء النهر مثلا كما أشرنا إليه اه قال فى النهر : ويدل عليه مافى البدائع ، ولاينبغى للإمام أن يخلى ثغرا من الثغور من جماعة من المسلمين فيهم غناء وكفاية ، لقتال العدو فإن قاموا به سقط عن الباقين ، وإن ضعف أهل ثغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو ، فعلى من وراءهم من المسلمين الأقرب فالأقرب أن ينفروا إليهم ، وأن يمدوهم بالسلاح والكراع والمال لما ذكرنا إنه فرض على الناس كلهم ممن هو من أهل الجهاد ، ولكن سقط الفرض عنهم لحصول الكفاية بالبعض فما لم يحصل لايسقط اه .

قلت : وحاصله أن كل موضع خيف هجوم العدو منه فرض على الإمام أو على أهل ذلك الموضع حفظه وإن لم يقدروا فرض على الأقرب إليهم إعانتهم إلى حصول الكفاية بمقاومة العدو ولا يخفى أن هذا غير مسألتنا وهى قتالنا لهم ابتداء فتأمل (قوله بل يفرض على الأقرب فالأقرب الخ) أى يفرض عليهم عينا وقد يقال كفاية بدليل أنه لو قام به الأبعد حصل المقصود فيسقط عن الأقرب ، لكن هذا ذكره فى الدرر فيما لو هجم العدو وعبارة الدرر وفرض عين إن هجموا على ثغر من ثغور الإسلام ، فيصير فرض عين على من قرب منهم ، وهم يقدرون على الجهاد ونقل صاحب النهاية عن الذخيرة أن الجهاد إذا جاء النفير إنما يصير فرض عين على من يقرب من العدو ، فأما من وراءهم ببعد من العدو فهو فرض كفاية عليهم ، حتى يسعهم تركه إذا لم يحتج إليهم فإن احتيج إليهم بأن عجز من كان يقرب من العدو عن المقاومة مع العدو أو لم يعجزوا عنها ، لكنهم تكاسلو ولم يجاهدوا فإنه يفترض على من يليهم فرض عين كالصلاة والصوم ، لايسعهم تركه ثم وثم إلى أن يفترض على جميع أهل الإسلام شرقا وغربا على هذا التدريج ، ونظيره الصلاة على الميت ، فإن من مات فى ناحية من نواحى البلد فعلى جيرانه وأهل محلته أن يقوموا بأسبابه وليس على من كان ببعد من الميت أن يقوم بذلك ، وإن كان الذى ببعد من الميت يعلم أن أهل محلته يضيعون حقوقه أو يعجزون عنه كان عليه أن يقوم بحقوقه ، كذا هنا اه :

مطلب طاعة الوالدين فرض عين

(قوله لايفرض على صبى) فى الذخيرة للأب أن يأذن للمراهق بالقتال ، وإن خاف عليه القتل وقال السعدى لابد أن لا يخاف عليه فإن خاف قتله لم يأذن له نهر (قوله وبالغ له أبوان) مفاده أنهما لايأثمان فى منعه ، وإلا لكان له الخروج حتى يبطل عنهما الاثم ، مع أنهما فى سعة من منعه إذا كان يدخلهما من ذلك مشقة شديدة ، وشمل الكافرين أيضا أو أحدهما إذا كره خروجه مخافة ومشقة وإلا بل لكراهة قتال أهل دينه ، فلا يطيعه مالم يخف عليه الضيعة إذ لو كان معسرا محتاجا إلى خدمته فرضت عليه ولو كافرا وليس من الصواب ترك فرض عين

أو أحدهما لأن طاعتهما فرض عين وقال عليه الصلاة والسلام للعباس بن مرداس لما أراد الجهاد «الزم أمك فإن الجنة تحت رجل أمك» سراج وفيه لايحل سفر فيه خطر إلا بإذنهما ، ومالا خطر فيه يحل بلا إذن ومنه السفر فى طلب العلم (وعبد وامرأة) لحق المولى والزوج ومفاده وجوبه لو أمرها الزوج به فتح . وعلى غير المزوجة نهر :

قلت : تعليل الشمنى بضعف بنيتها يفيد خلافه وفى البحر : إنما يلزمها أمره فيما يرجع إلى النكاح وتوابعه

ليتوصل إلى فرض كفاية ولو مات أبواه فأذن له جده لأبيه وجدته لأمه ، ولم يأذن له الآخران : أى أبو الأم وأم الأب فلا بأس بخروجه لقيام أب الأب وأم الأم مقام الأب والأم عند فقدهما ، والآخران كباقى الأجانب إلا إذا عدم الأولان : فالمستحب : أن لايخرج إلا بإذنهما ، ولو له أم أم وأم أب ، فالإذن لأم الأم بدليل تقدمها فى الحضانة ، ولأن الأخرى لاتقوم مقام الأب ، ولو له أب وأم أب لاينبغى الخروج بلا إذنها لأنها كالأم لأن حق الحضانة لها ، وأما غير هؤلاء كالزوجة والأولاد والأخوات والأعمام فإنه يخرج بلا إذنهم إلا إذا كانت نفقتهم واجبة عليه وخاف عليهم الضيعة اه ملخصا من شرح السير الكبير (قوله لأن طاعتهما فرض عين) أى والجهاد لم يتعين فكان مراعاة فرض العين أولى ، كما فى التجنيس ، وأخذ منه فى البحر كراهة الخروج بلا إذنهما ، واعترض على قول الفتح إنه يحرم .

قلت : وفيه نظر فإن الأولى هنا بمعنى الأقوى والأرجح أى أن الأقوى مراعاة فرض العين لقوته ورجحانه على فرض الكفاية ، فحيث ثبت أنه فرض كان خلافه حراما ، ولذا قال السرخسى : فعليه أن يقدم الأقوى : نعم قدمنا آنفا عنه فى الجد والجدة الفاسدين أن المستحب أن لايخرج إلا بإذنهما (قوله وقال عليه الصلاة والسلام الخ) دليل آخر على تقديم الوالدين، وقدمنا الحديث المتفق عليه وفيه تقديم برهما على الجهاد ، وفى صحيح البخارى فى الرجل الذى جاء يستأذن النبى صلى الله عليه وسلم فى الجهاد قال «أحى والداك ؟ قال : نعم قال ففيهما فجاهد» وذكر بعضهم أن ذلك الرجل هو جاهمة بن العباس بن مرداس، ثم رأيت فى شرح السير الكبير قال : وذكر عن ابن عباس بن مرداس أنه قال يارسول الله إنى أريد الجهاد قال «ألك أم ؟ قال : نعم قال الزم أمك» الخ (قوله تحت رجل أمك) هو فى معنى حديث «الجنة تحت أقدام الأمهات» ولعل المراد منه والله تعالى أعلم تقبيل رجلها أو هو كناية عن التواضع لها وأطلقت الجنة على سبب دخولها (قوله فيه خطر) كالجهاد وسفر البحر والخطر بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين الإشراف على الهلاك كما فى ط عن القاموس (قوله ومالا خطر) كالسفر للتجارة والحج والعمرة يحل بلا إذن إلا إن خيف عليهما الضيعة سرخسى (قوله ومنه السفر فى طلب العلم) لأنه أولى من التجارة إذا كان الطريق آمنا ولم يخف عليهما الضيعة سرخسى (قوله ومفاده الخ) أى تعليل عدم وجوبه كفاية على العبد والمرأة بكونه حق المولى ، والزوج أى حق مخلوق فيقدم على حق الخالق ، لاحتياج المخلوق واستغناء الخالق تعالى يفيد وجوبه كفاية على المرأة لو أمرها به الزوج لارتفاع المانع من حق الخالق تعالى، وكذا غير المزوجة لعدم المانع من أصله ومثله العبد لو أمره به مولاه لكن سكت عنه لظهور وجوبه كفاية على العبد بإذن مولاه ، بخلاف المرأة ولو غير مزوجة ، لأنها ليست من أهل القتال لضعف بنيتها قال فى الهداية فى فصل قسمة الغنيمة : ولهذا أى لعجزها عن الجهاد لم يلحقها فرضه ، ولأنها عورة كما فى القهستانى عن المحيط قال فلا يخص المزوجة كما ظن ، وبه ظهر الفرق وهو أن عدم وجوبه على العبد لحق المولى فإذا زال حقه بإذنه ثبت الوجوب ، بخلاف المرأة فإنه ليس لحق الزوج بل لكونها ليست من أهله ولذا لم يجب على غير المزوجة (قوله وفى البحر الخ) مراد صاحب البحر مناقشة الفتح فى دعواه الوجوب على المرأة لو أمرها الزوج بناء على أن المراد وجوبه عليها بسبب

(وأعمى ومقعد) أى أعرج فتح (وأقطع) لعجزهم (ومديون بغير إذن غريمه) بل وكفيله أيضا لو بأمره تجنيس، ولو بالنفس نهر: وهذا فى الحالّ، أما المؤجل فله الخروج إن علم برجوعه قبل حلوله ذخيرة (وعالم ليس فى البلدة أفقه منه) فليس له الغزو خوف ضياعهم سراجية، وعمم فى البزازية السفر، ولايخفى أن المقيد يفيد غيره بالأولى (وفرض عين

أمره لها، وفيـــه أن مراده الوجوب بأمره تعالى لابأمر الزوج، بل هو إذن وفك للحجر كما أفاده ح؛ وقد علمت عدم وجوبه عليها أصلا إلا إذا هجم العدو كما يأتى (قوله أى أعرج) نقله فى الفتح عن ديوان الأدب، وهو المناسب لقوله: وأقطع، وفى المغرب أنه الذى أقعده الداء عن الحركة وعند الأطباء هو الزمن وقيل المقعد المتشنج الأعضاء والزمن الذى طال مرضه اهـ (قوله وأقطع) هو المقطوع اليد والجمع قطعان كأسود وسودان صحاح (قوله لعجزهم) لقوله تعالى — ليس على الأعمى حرج — فإنها نزلت فى أصحاب الأعذار زيلعى، وفيه إشعار بأن من عجز عنه لسبب من الأسباب لم يفرض عليه كما أشير إليه فى الاختيار قهستانى (قوله ومديون بغير إذن غريمه) أى ولو لم يكن عنده وفاء، لأنه تعلق به حق الغريم تجنيس، فلو أذن له الدائن ولم يبرئه فالمستحب الإقامة لقضاء الدين لأن البدء بالأوجب أولى، فإن خرج فلا بأس ذخيرة ولو الدائن غائبا فأوصى بقضاء دينه إن مات فلا بأس بالخروج لوله وفاء، وإلا فالأولى الإقامة لقضاء دينه هندية وكذا لو كان عنده وديعة ربها غائب فأوصى إلى رجل بدفعها إلى ربها فله الخروج بحر عن التاترخانية (قوله لو بأمره) أى لأنه حينئذ يثبت له الرجوع بما يؤدى عنه، بخلاف ما إذا كفله لابأمره، فإنه لارجوع للكفيل عليه، فلا يحتاج إلى استئذانه بل يستأذن الدائن فقط (قوله ولو بالنفس) لأن له عليه حقا بتسليم نفسه إليه إذا طلب منه، وقد صرحوا بأن للكفيل بالنفس منعه من السفر وتمامه فى النهر على خلاف مابحثه فى البحر (قوله فله الخروج) أى بلا إذن الكفيل لعدم توجه المطالبة بقضاء الدين، لكن الأفضل الإقامة لقضائه ذخيرة (قوله إن علم) أى بطريق الظاهر ذخيرة (قوله فليس له الغزو الخ) لما كان المتن صادقا بجواز خروجه زاد قوله: فليس الخ ليفيد أنه لايخرج ط.

قلت: وظاهر التعليل بخوف ضياعهم جواز خروجه لو كان فى البلدة من يساويه تأمل (قوله وعمم فى البزازية السفر) يعنى أطلقه حيث قال أراد السفر (قوله ولايخفى أن المقيد) وهو منعه عن سفر الغزو يفيد غيره بالأولى أى يفيد منعه عن سفر غير الغزو بالأولى، لأن الغزو فرض كفاية، فإذا منع منه يمنع من غيره كسفر التجارة وحج النفل. وأما السفر لحج الفرض أو الغزو إذا هجم العدو، فهو غير مراد قطعا فلا حاجة إلى استثنائه على أن فى دعوى الأولوية نظرا لأن منعه من سفر الغزو لما فيه من الخطر، ولا يلزم منه منعه مما لاخطر فيه كما مر فى سفر الابن بلا إذن الأب فإنه يمنع عن سفره للجهاد لا للتجارة وطلب العلم لما قلنا. وأما مافى البزازية فقد يقال: إن المراد به السفر الطويل أو على قصد الرحيل، فإن فيه ضياعهم بخلاف غيره فافهم (قوله وفرض عين) أى على من يقرب من العدو، فإن عجزوا أو تكاسلوا فعلى من يليهم حتى يفترض على هذا التدريج على كل المسلمين شرقا وغربا كما مر فى عبارة الدرر عن الذخيرة: قال فى الفتح: وكان معناه إذا دام الحرب بقدر مايصل الأبعدون ويبلغهم الخبر وإلا فهو تكليف مالا يطاق، بخلاف إنقاذ الأسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب أن لايأثم من عزم على الخروج، وقعوده لعدم خروج الناس، وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه اهـ وفى البزازية: مسلمة سبيت بالمشرق وجب على أهل المغرب تخليصها من الأسر مالم

إن هجم العدو فيخرج الكل ولو بلا إذن) ويأثم الزوج ونحوه بالمنع ذخيرة (ولابد) لفرضيته (من) قيد آخر وهو (الاستطاعة) فلا يخرج المريض الدنف ، أما من يقدر على الخروج ، دون الدفع ينبغى أن يخرج لتكثير السواد إرهابا فتح .

وفى السراج وشرط لوجوبه : القدرة على السلاح لاأمن الطريق ، فإن علم أنه إذا حارب قتل وإن لم يحارب أسر لم يلزمه القتال (ويقبل خبر المستنفر ومنادى السلطان ولو) كان كل منهما (فاسقا) لأنه خبر يشتهر فى الحال ذخيرة (وكره الجعل) أى أخذ المال من الناس لأجل الغزاة (مع الفىء) أى مع وجود شىء فى بيت المال درر ،

تدخل دار الحرب وفى الذخيرة يجب على من لهم قوة اتباعهم لأخذ مابأيديهم من النساء والزرارى وإن دخلوا دار الحرب مالم يبلغوا حصونهم ، ولهم أن لايتبعوهم للمال (قوله إن هجم العدو) أى دخل بلدة بغتة ، وهذه الحالة تسمى النفير العام قال فى الاختيار : والنفير العام أن يحتاج إلى جميع المسلمين (قوله فيخرج الكل) أى كل من ذكر من المرأة والعبد والمديون وغيرهم قال السرخسى ، وكذلك الغلمان الذين لم يبلغوا إذا أطاقوا القتال فلا بأس بأن يخرجوا ويقاتلوا فى النفير العام وإن كره ذلك الآباء والأمهات (قوله المدنف) بالبناء للمجهول أى الذى لازمه المرض وفى ح عن جامع اللغة الدنف المرض الملازم ، وفى المصباح دنف دنفا من باب تعب فهو دنف إذا لازمه المرض وأدنفه المرض ، وأدنف هو يتعدى ولا يتعدى اه (قوله وشرط لوجوبه القدرة على السلاح)أى وعلى القتال وملك الزاد والراحلة كما فى قاضيخان وغيره قهستانى وقدمنا عنه اشتراط العلم أيضا (قوله لاأمن الطريق) أى من قطاع أو محاربين ، فيخرجون إلى النفير ، ويقاتلون بطريقهم أيضا حيث أمكن وإلا سقط الوجوب لأن الطاعة بحسب الطاقة تأمل .

مطلب إذا علم أنه يقتل يجوز له أن يقاتل بشرط أن ينكى فيهم
وإلا فلا بخلاف الأمر بالمعروف

(قوله لم يلزمه القتال) يشير إلى أنه لوقاتل حتى قتل جاز ، لكن ذكر فى شرح السير أنه لابأس أن يحمل الرجل وحده وإن ظن أنه يقتل إذا كان يصنع شيئا بقتل أو بجرح أو بهزم فقد فعل ذلك جماعة من الصحابة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد ومدحهم على ذلك فأما إذا علم أنه لاينكى فيهم فإنه لايحل له أن يحمل عليهم ، لأنه لايحصل بحملته شىء من إعزاز الدين ، بخلاف نهى فسقة المسلمين عن منكر إذا علم أنهم لايمتنعون بل يقتلونه فإنه لابأس بالإقدام ، وإن رخص له السكوت لأن المسلمين يعتقدون مايأمرهم به فلابد أن يكون فعله مؤثرا فى باطنهم بخلاف الكفار (قوله ويقبل خبر المستنفر) أى طالب النفر وهو الخروج للغزو أفاده الشلبى ويقبل خبر العبد فيه كما فى شرح الملتقى ط (قوله لأنه خبر يشتهر فى الحال) أى فلا يكون الوجوب مبنيا على خبر الفاسق فقط ، أو المراد أن خوف الاشتهار قرينة على صدقه تأمل (قوله وكره الجعل) بضم الجيم وهو ما يجعل للإنسان فى مقابلة شىء يفعله والمراد هنا أن يكلف الإمام الناس بأن يقوى بعضهم بعضا بالكراع أى الخيل والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد نهر وعلل الكراهة فى الهداية بقوله لأنه يشبه الأجر ، ولا ضرورة إليه ، لأن مال بيت المال معد لنوائب المسلمين اه والثانى : يوجب ثبوت الكراهة على الإمام فقط والأول يوجبها على الغازى ، وعلى الإمام كراهة تسببه فى المكروه كما فى الفتح ، وظاهره أن الكراهة تحريمية لقول الفتح : إن حقيقة الأجر على الطاعة حرام فما يشبهه مكروه اه قيل إن هذا إنما يظهر على قول المتقدمين .

قلت : لايخفى فساده بل هو على قول الكل ، لأن المتأخرين إنما أجازوا الأجر على أشياء خاصة نصوا عليها

وصدر الشريعة، ومفاده: أن الفيء هنا يعم الغنيمة فليحفظ (وإلا لا) لدفع الضرر الأعلى بالأدنى (فإن حاصرناهم دعوناهم إلى الإسلام فإن أسلموا) فبها (وإلا فإلى الجزية) لو محلا لها كما سيجيء (فإن قبلوا ذلك فلهم مالنا) من الإنصاف (وعليهم ماعلينا) من الانتصاف فخرج العبادات إذ الكفار لايخاطبون بها عندنا

من الطاعات وهي: التعليم والأذان والإمامة لاعلى كل طاعة، وإلا لشمل نحو الصوم والصلاة ولا قائل به كما نبهنا عليه غير مرة ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في الإجارات ، وأوضحناه في رسالتنا شفاء العليل وبل الغليل في أخذ الأجرة على الختمات والتهاليل فافهم (قوله ومفاده الخ) أي مفاد تفسير الفيء بما ذكر من وجود شيء الخ ونحوه في الذخيرة، وغاية البيان وقيد بقوله هنا لأن حقيقة الفيء كما في الفتح مايؤخذ بغير قتال كالخراج، والجزية أما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة كما يأتي في الفصل الآتي ولاتتقيد الكراهة بوجود الفيء فقط، وهو الحق كما في المنح والبحر: وقال لجواز الاستقراض من بقية الأنواع ، ولذا لم يذكر الفيء في بعض المعتبرات ، وإنما ذكر مال بيت المال اه وسيأتي في آخر فصل الجزية بيان مصارف بيت المال، وتقدمت منظومة في باب العشر من كتاب الزكاة (قوله وإلا لا) أي وإن لم يوجد شيء في بيت المال لايكره الجعل للضرورة (قوله لدفع الضرر الأعلى) وهو تعدى شر الكفار إلى المسلمين فتح (قوله بالأدنى) وهو الجعل المذكور ، فيلتزم الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

[تنبيه] من قدر على الجهاد بنفسه وماله لزمه ولا ينبغي له أخذ الجعل ، ومن عجز عن الخروج وله مال ينبغي أن يبعث غيره عنه بماله وعكسه إن أعطاه الإمام كفايته من بيت المال لاينبغي له أن يأخذ من غيره جعلا ، وإذا قال القاعد للغازي : خذ هذا المال لتغزو به عني لايجوز لأنه استئجار على الجهاد بخلاف قوله: فاغز به ومثله الحج وللغازي أن يترك بعض الجعل لنفقة عياله ، لأنه لايتهيأ له الخروج إلا به وتمامه في البحر (قوله دعوناهم إلى الإسلام) أي ندبا إن بلغتهم الدعوة، وإلا فوجوبا مالم يتضمن ضررا كما يأتي (قوله فإن أسلموا) أي بالتلفظ بالشهادتين على تفصيل ذكره في البحر هنا وسيذكره الشارح في آخر باب المرتد مع التبرى عن دينه ، لو كان كتابيا على ماسيأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى، وقد يكون الإسلام بالفعل كالصلاة بالجماعة والحج وتمامه في البحر وتقدم ذلك منظوما في أول كتاب الصلاة وأشبعنا الكلام عليه ثمة (قوله فبها) أي فبالخصلة الكاملة أخذوا ونعمت الخصلة (قوله ولو محلا لها) بأن لم يكونوا مرتدين ولا من مشركي العرب كما يأتي بيانه في فصل الجزية قال في النهر : وينبغي للإمام أن يبين لهم مقدار الجزية ووقت وجوبها والتفاوت بين الغني والفقير في مقدارها (قوله فلهم مالنا من الانصاف الخ) أي المعاملة بالعدل والقسط والانتصاف الأخذ بالعدل قال في المنح: والمراد أنه يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم، لو تعرضنا لدمائهم وأموالهم أو تعرضوا لدمائنا وأموالنا مايجب لبعضنا على بعض عند التعرض اه وفي البحر وسيأتي في البيوع استثناء عقدهم على الخمر والخنزير فإنه كعقدنا على العصير والشاة وقدمنا أن الذمي مؤاخذ بالحدود والقصاص إلا حد الشرب ومر في النكاح لو اعتقدوا جوازه بلا مهر أو شهود أو في عدة لتركهم وما يدينون بخلاف الربا اه (قوله فخرج) أي بالتقييد بالإنصاف والانتصاف :

مطلب في أن الكفار مخاطبون ندبا

(قوله إذ الكفار لايخاطبون بها عندنا) الذي تحرر في المنار وشرحه لصاحب البحر أنهم مخاطبون بالإيمان، وبالعقوبات سوى حد الشرب، والمعاملات وأما العبادات فقال السمرقنديون: إنهم غير مخاطبين بها أداء واعتقادا قال البخاريون: إنهم غير مخاطبين بها أداء فقط وقال العراقيون إنهم مخاطبون بهما فيعاقبون عليهما وهو المعتمد اهخ

ويؤيده قول عليّ رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا (ولا) يحل لنا أن (نقاتل من لاتبلغه الدعوة) بفتح الدال (إلى الإسلام) وهو وإن اشتهر فى زماننا شرقا وغرباً لكن لاشك أن فى بلاد الله من لاشعور له بذلك بقى لو بلغه الإسلام لا الجزية ففى التتارخانية : لاينبغى قتالهم حتى يدعوهم إلى الجزية نهر خلافا لما نقله المصنف (وندعو ندبا من بلغته إلا إذا تضمن ذلك ضررا) ولو بغلبة الظن كأن يستعدون أو يتحصنون فلا يفعل فتح (وإلا) يقبلوا الجزية (نستعين بالله ونحاربهم بنصب المجانيق وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم) ولو مثمرة وإفساد زروعهم إلا إذا غلب على الظن ظفرنا فيكره فتح (ورميهم) بنبل ونحوه (وإن تترسوا ببعضنا) ولو تترسوا بنبي سئل ذلك النبي (ونقصدهم) أى الكفار (وما أصيب منهم) أى من المسلمين (لادية فيه ولا كفارة) لأن الفروض لاتقرن بالغرامات (ولو فتح الإمام بلدة وفيها مسلم أو ذمى لا يحل قتل أحد منهم

(قوله ويؤيده) أى يؤيد ماذكر من التقييد بالإنصاف والانتصاف ، أو يؤيد خروج العبادات .

وحاصله : أن لهم حكمنا فى العقوبات والمعاملات إلا ما استثنى دون الإيمان والعبادات فلا نطالبهم بهما وإن عوقبوا عليهما فى الآخرة (قوله ولا يحل لنا الخ) لأن بالدعوة يعلمون أنا مانقاتلهم على أموالهم وسبى عيالهم فربما يجيبون إلى المقصود بلا قتال ، فلا بد من الاستعلام فتح فلو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهى ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار ، فصار كقتل النسوان والصبيان بحر (قوله من لاتبلغه) الأولى من لم ط (قوله بفتح الدال) قال فى شرحه على الملتقى : الدعوة هنا بفتح الدال وكذا فى الدعوة إلى الطعام وأما فى النسب فبالكسر كذا قاله الباقانى لكن ذكر غيره أنها فى دار الحرب بالضم (قوله وهو) أى الإسلام (قوله لاينبغى الخ) الظاهر أنه بمعنى لايحل كما يأتى نظيره (قوله خلافا لما نقله المصنف) الأولى تقديمه على قوله بقى الخ أى لايحل فى زماننا أيضا خلافا لما نقله المصنف عن الينابيع من أن ذلك فى ابتداء الإسلام ، وأما الآن فقد فاض واشتهر ، فيكون الإمام مخيرا بين البعث إليهم وتركه اه. قال فى الفتح : ويجب أن المدار غلبة ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة (قوله إلا إذا تضمن ذلك ضررا) ذكروا هذا الاستثناء فى الاستحباب مع إمكانه فى الوجوب أيضا ط زاد فى شرح الملتقى عن المحيط : أن يطمع فيهم مايدعوهم إليه ط (قوله كأن يستعدون الخ) المناسب إسقاط النون لأنه منصوب بأن المصدرية (قوله بنصب المجانيق) أى على حصونهم لأنه عليه الصلاة والسلام نصبها على الطائف رواه الترمذى نهر ، وهو جمع منجنيق بفتح الميم عند الأكثر وإسكان النون الأولى وكسر الثانية فارسية معربة تذكر وتأنيثها أحسن وهى آلة ترمى بها الحجارة الكبار قلت : وقد تركت اليوم للاستغناء عنها بالمدافع الحادثة (قوله وحرقهم) أراد حرق دورهم وأمتعتهم قاله العينى : والظاهر أن المراد حرق ذاتهم بالمجانيق وإذا جازت محاربتهم بحرقهم فما لهم أولى نهر ، وقوله : بالمجانيق أى برمى النار بها عليهم ، لكن جواز التحريق والتغريق مقيد كما فى شرح السير بما إذا لم يتمكنوا من الظفر بهم بدون ذلك ، بلا مشقة عظيمة فإن تمكنوا بدونها فلا يجوز ، لأن فيه إهلاك أطفالهم ونسائهم ومن عندهم من المسلمين (قوله إلا إذا غلب الخ) كذا قيد فى الفتح إطلاق المتون ، وتبعه فى البحر والنهر ، وعلله بأنه إفساد فى غير محل الحاجة وما أبيح إلا لها ولا يخفى حسنه لأن المقصود كسر شوكتهم وإلحاق الغيظ بهم فإذا غلب الظن بحصول ذلك بدون إتلاف وأنه يصير لنا لا نتلفه (قوله ونحوه) كرصاص وقد استغنى به عن النبل فى زماننا (قوله سئل ذلك النبى) كذا نقله فى النهر عن أبى الليث أى بأن نقول له هل ترى أم لا و نعمل بقوله ، ولم يذكر ما إذا لم يمكن سؤاله (قوله وما أصيب منهم) أى إذا قصدنا الكفار بالرمى ، وأصبنا أحدا من المسلمين الذين تترس الكفار بهم لانضمنه ، وذكر السرخسى أن القول للرامى بيمينه فى أنه قصد الكفار لا لولى المسلم المقتول أنه تعمد قتله (قوله لأن الفروض لا تقرن بالغرامات) أى كما لو مات المحدود بالجلد ، أو القطع

أصلا ولو أخرج واحد) ما (حل) حينئذ (قتل الباقين) لجواز كون المخرج هو ذاك فتح (ونهينا عن إخراج مايجب تعظيمه ويحرم الاستخفاف به كمصحف وكتب فقه وحديث وامرأة) ولو عجوزا لمداواة هو الأصح ذخيرة وأراد بالنهى مافى مسلم «لا تسافروا بالقرآن فى أرض العدو» (إلا فى جيش يؤمن عليه) فلا كراهة لكن إخراج العجائز والإمام أولى (وإذا دخل مسلم إليهم بأمان جاز حمل المصحف معه إذا كانوا يوفون بالعهد) لأن الظاهر عدم تعرضهم هداية (و) نهينا (عن غدر

وأورد المضطر إلى أكل مال الغير فإنه مضمون ، وأجاب عنه فى الفتح بأن المذهب عندنا أنه لا يجب عليه أكله فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق (قوله ولو أخرج واحد ما) أراد بالإخراج مايعم الخروج وزاد لفظ ما للتعميم ، فالمراد أى رجل كان لا بقيد كونه مسلما أو ذميا فى نفس الأمر أو بتغليب الظن ولذا قال محمد ولو أخرج واحد من عرض الناس (قوله لجواز كون المخرج هو ذاك) فصار فى كون المسلم فى الباقى شك ، بخلاف الحالة الأولى فان كون المسلم والذمى فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق فتح .

قلت : ونظير هذه المسألة مالو تنجس بعض الثوب فغسل طرفا منه ولو بلا تحر فإنه يصح أن يصلى به إذا لم يبق متيقن النجاسة ، وهذا يرد على قولهم اليقين لا يزول بالشك وقدمنا تحقيق المسألة فى الطهارة عن شرح المنية (قوله ويحرم الاستخفاف به) زاد ذلك وإن استلزمه ماقبله ، لأن ذلك علة النهى فإن إخراجه يؤدى إلى وقوعه فى يد العدو ، وفى ذلك تعريض لاستخفافهم به ، وهو حرام خلافا لقول الطحاوى إن ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كى لا تنقطع عن أيدى الناس ، وأما اليوم فلا يكره (قوله وامرأة) أى وعن إخراج امرة ، فهو معطوف على ما (قوله هو الأصح) احتراز عن قول الطحاوى المذكور (قوله إلا فى جيش) أقله عند الإمام أربعمائة وأقل السرية عنده مائة كما رأيته فى الخانية ، وكذا فى الشرنبلالية نقلا عنها وعن العناية ، خلافا لما فى البحر عن الخانية من أن أقل السرية مائتان وتبعه فى النهر . قال فى الشرنبلالية : وما قاله ابن زياد من أن أقل السرية أربعمائة ، وأقل الجيش أربعة آلاف قاله من تلقاء نفسه نص عليه الشيخ أكمل الدين اهـ وفى الفتح : ينبغى أن يكون العسكر العظيم اثنى عشر ألفا لقوله عليه الصلاة والسلام « لن تغلب اثنا عشر ألفا من قلة » اهـ .

قلت : والتقييد بالقلة لأنها قد تغلب بسبب آخر كخيانة الأمراء فى زماننا .

[تتمة] فى الخانية : لا ينبغى للمسلمين أن يفروا إذا كانوا اثنى عشر ألفا ، وإن كان العدو أكثر ، وذكر الحديث .

ثم قال : والحاصل أنه إذا غلب على ظنه أنه يغلب لا بأس بأن يفر ولا بأس للواحد إذا لم يكن معه سلاح أن يفر من اثنين لهما سلاح وذكر قبله ويكره للواحد القوى أن يفر من الكافرين والمائة من المائتين فى قول محمد ، ولا بأس أن يفر الواحد من الثلاثة والمائة من ثلثمائة (قوله لكن الخ) قال فى الفتح : ثم الأولى فى إخراج النساء العجائز للطب والمداواة والسقى(١) دون الشواب ولو احتيج إلى المباضعة فالأولى إخراج الإماء دون الحرائر .

مطلب لفظ ينبغى يستعمل فى المندوب وغيره عند المتقدمين

(قوله ونهينا عن غدر الخ) عدل عن قول الهداية وغيرها وينبغى للمسلمين أن لا يغدروا لأن المشهور عند المتأخرين استعمال ينبغى بمعنى يندب ولا ينبغى بمعنى يكره تنزيها ، وإن كان فى عرف المتقدمين استعماله

---

(١) وفى السير الكبير : لابأس لأهل الثغور باتخاذ النساء والذرارى إن كانوا بحيث إذا نزل بهم العدو قدروا على دفعه أو على أن يخرجوهم إلى أرض الإسلام اهـ منه .

وغلول و) عن (مثله) بعد الظفر بهم أما قبله فلا بأس بها اختيار (و) عن قتل امرأة وغير مكلف وشيخ) خر (فان) لاصياح ولا نسل له فلا يقتل ولا إذا ارتد (وأعمى ومقعد) وزمن ومعتوه

فى أعم من ذلك وهو فى القرآن كثير ـ ماكان ينبغى لنا أن نتخذ من دونك من أولياء ـ قال فى المصباح : وينبغى أن يكون كذا معناه يجب أو يندب بحسن مافيه من الطلب اه .

مطلب فى بيان نسخ المثلة

(قوله عن غدر) أى نقض عهد وغلول بضم الغين الخيانة من المغنم قبل قسمته ومثله بضم الميم اسم مصدر مثل به من باب نصر أى قطع أطرافه وشوه به كذا فى جامع اللغة ح (قوله أما قبله فلا بأس بها) قال الزيلعى وهذا حسن ونظيره الإحراق بالنار ، وقيد جوازها قبله فى الفتح بما إذا وقعت قتالا كمبارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه ثم ضرب فقطع يده وأنفه ونحو ذلك اه ، وهو ظاهر فى أنه لو تمكن من كافر حال قيام الحرب ليس له أن يمثل به بل يقتله ، ومقتضى مافى الاختيار أن له ذلك كيف وقد علل بأنها أبلغ فى كبتهم وأضر بهم نهر .

[تنبيه] ثبت فى الصحيحين وغيرهما النهى عن المثلة فان كان متأخرا عن قصة العرنيين فالنسخ ظاهر ، وإن لم يدر فقد تعارض محرم ومبيح ، فيقدم المحرم ويتضمن الحكم بنسخ الآخر ، وأما من جنى على جماعة بأن قطع أنف رجل وأذنى رجل ويدى آخر ورجلى آخر وفقأ عينى آخر فإنه يقتص منه لكل ، لكن يستأنى بكل قصاص إلى برء ماقبله فهذه مثلة ضمنا لاقصدا ، وإنما يظهر أثر النهى والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به فتح ملخصا (قوله وغير مكلف) كالصبى والمجنون (قوله وشيخ خرّ فان) أصل المتن وشيخ فان لكن زاد الشارح لفظة خر فيكون عطف خاص على عام قال فى الفتح : ثم المراد بالشيخ الفانى الذى لايقتل من لايقدر على القتال ، ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الإحبال ، لأنه يجىء منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره فى الذخيرة زاد الشيخ أبو بكر الرازى أنه إذا كان كامل العقل نقتله ، ومثله نقتله إذا ارتد ، والذى لانقتله الشيخ الفانى الذى خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا لانقتله ولا إذا ارتد اه .

قلت : ومقتضى كلام الرازى أنه إذا كان كامل العقل يقتل وإن لم يقدر على القتال والصياح والإحبال ، ومقتضى مافى الذخيرة أنه إذا لم يقدر على ذلك لايقتل ، وإن كان كامل العقل ، وهذا هو الموافق لما فى شرح السير الكبير وهذا الظاهر ، لأنه إذا كان عاقلا لكنه لايقدر على شىء مما ذكر يكون فى معنى المرأة والراغب بل أولى .

فصار الحاصل : أن الشيخ الفانى إن كان خر فان زائل العقل لايقتل ، وإن كان له صياح ونسل لأنه فى حكم المجنون ، وإن كان عاقلا لايقتل أيضا إن لم يقدر على القتال ونحوه وبه تعلم مافى كلام الشارح من عدم الانتظام وكان عليه أن يقول وشيخ فان لاصياح ، ولا نسل له أو خر فان لايعقل فلا يقتل ولا إذا ارتد ، والمراد بمن لا صياح له من لايحرض على القتال بصياحه عند التقاء الصفين (قوله ومقعد وزمن) وكذا من فى معناهما كيابس الشق ومقطوع اليمنى أو من خلاف لكن نظر فيه فى الشرنبلالية بأنه لاينزل عن رتبة الشيخ القادر على الإحبال أو الصياح اه .

قلت : ومثله يقال فى المرأة والصبى والأعمى : وقد يجاب بأنه يندفع مايحذر منهم بإخراجهم إلى دارنا

وراهب وأهل كنائس لم يخالطوا الناس (إلا أن يكون أحدهم ملكا) أو مقاتلا (أو ذا رأى) أو مال (فى الحرب ، ولو قتل من لا يحل قتله) ممن ذكر (فعليه التوبة والاستغفار فقط) كسائر المعاصى ، لأن دم الكافر لا يتقوّم إلا بالأمان ولم يوجد ، ثم لا يتركونهم فى دار الحرب ، بل يحملونهم تكثيرا للفىء وتمامه فى السراج وسيجىء [فرعان : الأول] لا بأس بحمل رأس المشرك لو فيه غيظهم وفيه فراغ قلبنا ، وقد حمل ابن مسعود يوم بدر رأس أبى جهل وألقاها بين يديه عليه الصلاة والسلام فقال النبى عليه الصلاة والسلام « الله أكبر هذا فرعونى وفرعون أمتى كان شره علىّ وعلى أمتى أعظم من شر فرعون على موسى وأمته » ظهيرية [الثانى] لا بأس بنبش قبورهم طلبا للمال تتارخانية ، وعبارة الخانية قبور الكفار فعمت الذمى (ولا) يحل للفرع أن (يبدأ أصله المشرك بقتل)

لما يأتى من أن من لا يقتل يحمل إلى دارنا سوى الشيخ الفانى عادم النفع بالكلية وتمامه فيما علقناه على البحر (قوله وراهب الخ) قال فى الفتح وفى السير الكبير : لا يقتل الراهب فى صومعته ، ولا أهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس ، فان خالطوا قتلوا كالقسيس والذى يجن ويفيق يقتل فى حال إفاقته وإن لم يقاتل اهـ وقال فى الجوهرة : وكذا يجوز قتل الأخرس والأصم وأقطع اليد اليسرى أو إحدى الرجلين لأنه يمكنه أن يقاتل راكبا وكذا المرأة إذا قاتلت (قوله إلا أن يكون الخ) قال فى الفتح استثناء من حكم عدم القتل ، ولا خلاف فى هذا لأحد وصح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما أو أكثر ، وقد عمى لما جىء به فى جيش هوازن للرأى وكذا يقتل من قاتل من كل من قلنا إنه لا يقتل كالمجنون والصبى والمرأة إلا أن الصبى والمجنون يقتلان فى حال قتالهما ، أما غيرهما من النساء والرهبان وغيرهم فإنهم يقتلون إذا قاتلوا بعد الأسر ، والمرأة الملكة تقتل وإن لم تقاتل وكذا الصبى الملك لأن فى قتل الملك كسر شوكتهم ، وقيد فى الجوهرة الصبى الملك بما إذا كان حاضرا (قوله فى الحرب) متعلق برأى ومال على تأويل المال بالإنفاق (قوله ثم لا يتركونهم الخ) أى ينبغى أن لا يتركوا من ذكر ممن لا يقتل بل يحملونهم إلى دار الإسلام إذا كان بالمسلمين قوة على ذلك لما ذكر ، ولئلا يولد لهم فيكون فى تركهم عون على المسلمين ، وكذلك الصبيان يبلغون فيقاتلون ، وأما الشيخ الفانى الذى لا يقاتل ولا يلقح ولا رأى له ، فان شاءوا تركوه إذ لا نفع فيه للكفار أو حملوه ليفادى به أسرى المسلمين على قول من يرى المفاداة وعلى القول الآخر لا فائدة فى حمله ، ومثله العجوز التى لا تلد منح عن السراج ملخصا والمعتمد القول بالمفاداة كما سيذكره فى الباب الآتى ، وكذلك الرهبان وأصحاب الصوامع إذا كانوا لا يتزوجون بحر : أى ولا يخالطون وبه وفق بعض المشايخ بين هذا ورواية أنهم يقتلون أفاده القهستانى عن المحيط (قوله وسيجىء) أى فى الباب الآتى (قوله وفيه فراغ قلبنا) أى باندفاع شره عنا لاشتهار قتله بذلك (قوله وقد حمل الخ) وكذا فعل عبد الله ابن أنيس بسفيان بن عبد الله ومحمد بن مسلمة بكعب بن الأشرف كما بسطه السرخسى وقال عليه أكثر مشايخنا لو فيه غيظهم وفراغ قلبنا بأن يكون المقتول من قواد المشركين أو عظماء المبارزين اهـ (قوله وعبارة الخانية الخ) قال فى النهر : ولم أر نبش قبور أهل الذمة ويجب أن يقال إن تحقق ذلك ولم يكن له وارث إلا بيت المال جاز نبشه ، ثم نقل ما فى الخانية وقال هذا يعم الذمى اهـ لكن لا يخفى أن ما فى الخانية ليس فيه التقييد بتحقق المال ، بل الظاهر أن المراد عند توهم ذلك لأنه عند التحقق يجوز النبش فى المسلم لحق آدمى كسقوط متاع أو تكفين بثوب مغصوب أو دفن مال معه ولو درهما كما فى جنائز البحر فافهم (قوله أن يبدأ أصله المشرك) لأنه يجب عليه إحياؤه بالانفاق فيناقضه الإطلاق فى إفنائه هداية ، والأولى التعليل بأنه كان سبب إيجاده لما يأتى قريبا قيد بالبدء احترازا عما لو قصد الأصل قتله كما يأتى وبالأصل احترازا عن الفرع المشرك وإن سفل فللأب أن يبتدىء بقتله وكذا سائر القرابات كما فى البحر والنهر ، وعدل عن تعبير الكنز بالأب ، لأن أمه وأجداده

كما لايبدأ قريبه الباغى (ويمتنع الفرع) عن قتله بل يشغله (ل) لأجل أن (يقتله غيره) فإن فقد قتله (ولو قتله فهدر) لعدم العاصم (ولو قصد الأصل قتله ولم يمكن دفعه إلا بقتله قتله) لجواز الدفع مطلقا (ويجوز الصلح) على ترك الجهاد (معهم بمال) منهم أو منا (لو خيرا) لقوله تعالى — وإن جنحوا للسلم فاجنح لها — (وننبذ) أى نعلمهم بنقض الصلح تحرزا عن الغدر المحرم (لو خيرا) لفعله عليه الصلاة والسلام بأهل مكة

وجداته من قبل الأب والأم كالأب (قوله كما لايبدأ قريبه الباغى) أشار إلى فائدة التقييد بالمشرك وهى أنه لوكان المحارب باغيا لايتقيد بكونه أصلا بل يعم الأخ وغيره قال فى البحر ، لأنه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق عليه لاتحاد الدين فكذا بترك القتل اه .

قلت : ومفادة تقييد القريب بالرحم المحرم لأنه لايجب عليه أن ينفق على غيره ، لكن يرد أنه يجب عليه الانفاق على فرعه المشرك . ويجاب بأن ذاك فى غير الحربى ، لأنه لايجب الانفاق على الأصول والفروع الحربيين كمامر فى بابه لكن يلزم منه أن يكون له بدء أصله بالقتل ، وأن لايصح التعليل المار عن الهداية بأنه يجب عليه إحياؤه بالانفاق كما أورده فى الحواشى السعدية فالأولى التعليل بما ذكره فى شرح السير أن الأب كان سبب إيجاده فلايكون سبب إعدامه بالقصد إلى قتله كما قدمناه (قوله بل يشغله) أى بالمحاربة بأن يعرقب فرسه ، أو يطرحه عنها أو يلجئه إلى مكان ولا ينبغى أن ينصرف عنه ويتركه نهر (قوله فإن فقد قتله) أى إذا لم يكن ثمة غيره قتله كذا قاله فى النهر ، ولم أره لغيره . وعبارة الزيلعى وإن لم يكن ثمة من يقتله لايمكنه من الرجوع ، حتى لايعود حربا على المسلمين ولكنه يلجئه إلى مكان يستمسك به حتى يجىء غيره فيقتله (قوله ولو قتله فهدر) أى باطل لادية فيه ولاقصاص نعم عليه التوبة والاستغفار كما فى شرح الملتقى (قوله لجواز الدفع مطلقا) أى ولو كان الأب مسلما فإنه إذا أراد قتل ابنه ، ولايتمكن من التخلص منه إلا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهنا أولى ، ولو كانا فى سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفى لنجاة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الأب يموت وينبغى أنه لو سمع أباه المشرك يذكر الله تعالى أو رسوله بسوء أن يكون له قتله لما روى «أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسب النبى صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم ، فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم ذلك» كذا فى الفتح (قوله بمال منهم)ويصرف مصارف الخراج والجزية إن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول أما إذا نزلنا بهم فهو غنيمة نخمسها ونقسم الباقى نهر (قوله أو منا) أى بمال نعطيه لهم إن خاف الإمام الهلاك على نفسه والمسلمين بأى طريق كان نهر (قوله لقوله تعالى — وإن جنحوا للسلم —) أى مالوا قال فى المصباح والسلم بالكسر والفتح الصلح يذكر ويؤنث والآية مقيدة برؤية المصلحة إجماعا لقوله تعالى — ولا تهنوا (١) وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون — أفاده فى الفتح (قوله أى نعلمهم بنقض الصلح) أفاد شرطا زائدا على المتن وهو إعلامهم به لأن نبذ العهد نقضه ، لكن لايجوز قتالهم أيضا حتى يمضى عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ، حتى لو كانوا خربوا حصونهم للأمان ، وتفرقوا فى البلاد فلابد أن يعودوا إلى مأمنهم ويعمروا حصونهم كما كانت توقيا عن الغدر ، وهذا لو نقض قبل مضى المدة أما لو مضت فلا ينبذ إليهم ، ولو كان الصلح بجعل فنقضه قبل المدة رد عليهم بحصته لأنه مقابل بالأمان فى المدة فيرجعون بما لم يسلم لهم الأمان فيه زيلعى (قوله لفعله عليه الصلاة والسلام بأهل مكة) تبع فيه الهداية ورده الكمال حيث قال : وأما استدلالهم بأنه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التى كانت بينه وبين أهل مكة فالأليق جعله دليلا لقوله الآتى وإن بدءوا بخيانة قاتلهم ، ولم ينبذ إليهم إذا كان باتفاقهم ،

---

(١) قوله (ولا تهنوا) التلاوة (فلا تهنوا) وأما الآية التى فيها —ولا تهنوا— فهى آية أخرى اه مصححه .

(ونقاتلهم بلانبذ مع خيانة ملكهم) ولوبقتال ذى منعة بإذنه ولوبدونه انتقض حقهم فقط (و) نصالح (المرتدين لو غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار حرب) لو خيرا (بلا مال وإلا يغلبوا على بلدة (لا) لأن فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز فتح (وإن أخذ) المال (منهم لم يرد) لأنه غير معصوم بخلاف أخذه من بغاة فانه يرد بعد وضع الحرب أوزارها فتح (ولم نبع) فى الزيلعى يحرم أن نبيع (منهم مافيه تقويتهم على الحرب) كحديد وعبيد وخيل (ولا نحمله إليهم ولو بعد صلح) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك وأمر بالميرة وهى الطعام والقماش فجاز استحسانا (ولا نقتل من أمنه حر أو حرة ولو فاسقا) أو أعمى أو فانيا أو صبيا أو عبدا

لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه ، وإنما قلنا هذا ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يبدأ أهل مكة بل هم بدءوا بالغدر قبل مضى المدة فقاتلهم ، ولم ينبذ إليهم بل سأل الله تعالى أن يعمى عليهم حتى يبغتهم هذا هو المذكور لجميع أهل السير والمغازى وتمامه فى ح (قوله ولو بقتال) أى ولو كانت خيانة ملكهم بقتال أهل منعة بإذنه : أى لا فرق بين قتاله بنفسه أو بقتال بعض أتباعه بإذنه (قوله انتقض حقهم فقط) أى حق المقاتلين ذوى المنعة بلا إذن ملكهم: قال الزيلعى : فلا ينتقض فى حق غيرهم لأن فعلهم لا يلزم غيرهم وإن لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا للعهد اهـ أى بأن قاتل واحد منهم مثلا ثم ترك القتال يبقى عهده (قوله بلا مال) أى بلا أخذه منهم لأنه فى معنى الجزية : وهى لا تقبل منهم نهر ولم يذكر صلحهم على أخذهم المال منا ولا شك فى جوازه عند الضرورة كما فى أهل الحرب ، ولكن هل يلزم إعلامهم بنقض العهد قبل انقضاء مدته أم لا لكونهم يجبرون على الإسلام بخلاف أهل الحرب فليراجع (قوله لأنه غير معصوم) لأنه يصير فيئا للمسلمين إذا ظهروا فتح (قوله بعد وضع الحرب أوزارها) أى أثقالها والمراد بعد انتهائها وإنما يرد عليهم ، لأنه ليس فيئا إلا أنه لا يرده حال الحرب لأنه إعانة لهم فتح (قوله ولم نبع الخ) أراد به التمليك بوجه كالهبة قهستانى ، بل الظاهر أن الإيجار والإعارة كذلك أفاده الحموى لأن العلة منع مافيه تقوية على قتالنا كما أفاده كلام المصنف (قوله يحرم) أى يكره كراهة تحريم قهستانى (قوله كحديد) وكسلاح مما استعمل للحرب ، ولو صغيرا كالإبرة وكذا ما فى حكمه من الحرير والديباج فإن تمليكه مكروه لأنه يصنع منه الراية قهستانى (قوله وعبيد) لأنهم يتوالدون عندهم فيعودون حربا علينا مسلما كان الرقيق أو كافرا بحر (قوله ولا نحمله إليهم) أى لبيع ونحوه فلا بأس لتاجرنا أن يدخل دارهم بأمان ومعه سلاح لا يريد بيعه منهم إذا علم أنهم لا يتعرضون له وإلا فيمنع عنه كما فى المحيط قهستانى ، وفى كافى الحاكم لو جاء الحربى بسيف فاشترى مكانه قوسا أو رمحا أو فرسا لم يترك أن يخرج ، وكذا لو استبدل بسيفه سيفا خيرا منه ، فإن كان مثله أو دونه لم يمنع ، والمستأمن كالمسلم فى ذلك إلا إذا خرج بشىء من ذلك فلا يمنع من الرجوع به اهـ نهر (قوله ولو بعد صلح) تعميم للبيع والحمل قال فى البحر لأن الصلح على شرف الانقضاء أو النقض (قوله فجاز استحسانا) أى اتباعا للنص ، لكن لا يخفى أن هذا إذا لم يكن بالمسلمين حاجة إلى الطعام فلو احتاجوه لم يجز (قوله ولا نقتل من أمنه الخ) أى إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون تتكافأ دماؤهم » أى لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع « ويسعى بذمتهم أدناهم » أى أقلهم عددا وهو الواحد وتمامه فى الفتح فهو مشتق من الأدنى الذى هو الأقل كقوله تعالى — ولا أدنى من ذلك ولا أكثر — فهو تنصيص على صحة أمان الواحد أو من الدنو وهو القرب كقوله تعالى — فكان قاب قوسين أو أدنى — فهو دليل على صحة أمان المسلم فى ثغر بقرب العدو أو من الدناءة فهو تنصيص على صحة أمان الفاسق أفاده السرخسى .

أذن لهما فى القتال (بأى لغة كان) الأمان (وإن كانوا لا يعرفونها بعد معرفة المسلمين) ذلك (بشرط سماعهم ذلك من المسلمين فلا أمان لو كان بالبعدمنهم ويصح بالصريح كأمنت أو لابأس عليكم وبالكناية كتعال إذا ظنه أمانا وبالإشارة بالأصبع إلى السماء ولو نادى المشرك بالأمان صح لو ممتنعا وصح طلبه لذراريه لا لأهله

بحث الأمان

(قوله أذن لهما فى القتال) أى إذا كان الصبى والعبد مأذونين فى القتال صح أمانهما فى الأصح اتفاقا قهستانى عن الهداية خلافا لما نقله ابن الكمال عن الاختيار درمنتقى (قوله بعد معرفة المسلمين ذلك) أى كون ذلك اللفظ أمانا .

قلت : والظاهر أن الشرط معرفة المتكلم به ، وإذا ثبت الأمان به ثبت فى حق غيره أيضا من المسلمين ولو لم يعرف معناه فافهم (قوله فلا أمان لو كان بالبعد منهم) أشار إلى أن المراد السماع ولو حكما لما نقله ط عن الهندية لو نادوهم من موضع يسمعون وعلم أنهم لم يسمعوا بأن كانوا نياما أو مشغولين بالحرب فذلك أمان (قوله كتعال) قال السرخسى : استدل عليه محمد بحديث عمر رضى الله تعالى عنه « أيما رجل من المسلمين أشار إلى رجل من العدو أن تعال فإنك إن جئت قتلتك فأتاه فهو آمن » وتأويله إذا لم يفهم أو لم يسمع قوله إن جئت قتلتك أما لو علم وسمع فهو فىء (قوله إلى السماء) لأن فيه بيان إنى أعطيتك ذمة إله السماء سبحانه وتعالى أو أنت آمن بحقه سرخسى (قوله ولو نادى المشرك) بالرفع على الفاعلية أى لو طلب المشرك الأمان منا صح لو ممتنعا أى فى موضع يمنعه عن وصولنا إليه قال فى البحر : وإن كان فى موضع ليس بممتنع وهو ماد سيفه أو رمحه فهو فىء اه .

قلت : ومفاده أنه إذا كان ممتنعا يصير آمنا بمجرد طلبه الأمان وإن لم نؤمنه ، وليس كذلك بل هذا إذا ترك منعته وجاء إلينا طالبا ففى شرح السير ولو كان فى منعة بحيث لا يسمع المسلمون كلامه ولا يرونه فانحط إلينا وحده بلا سلاح فلما كان بحيث تسمعه نادى بالأمان فهو آمن بخلاف ما إذا أقبل سالا سيفه مادا برمحه نحونا فلما قرب استأمن فهو فىء لأن البناء على الظاهر فيما يتعذر الوقوف على حقيقته جائز ، ولو فى إباحة الدم كما لو دخل بيته إنسان ليلا ، ولم يدر أنه سارق أو هارب ، فلو عليه سيما اللصوص له قتله وإلا فلا ثم .

قال : والحاصل أن من فارق المنعة عند الاستئمان فإنه يكون آمنا عادة والعادة تجعل حكما إذا لم يوجد التصريح بخلافه ولو وجدنا حربيا فى دارنا فقال : دخلت بأمان لم يصدق وكذا لو قال : أنا رسول الملك إلى الخليفة إلا إذا أخرج كتابا يشبه أن يكون كتاب ملكهم ، وإن احتمل أنه مفتعل ، لأن الرسول آمن كما جرى به الرسم جاهلية وإسلاما ولا يجد مسلمين فى دارهم ليشهدا له فلو لم يصحبه دليل ولا كتاب فأخذه مسلم فهو فىء لجماعة المسلمين عند أبى حنيفة كمن وجد فى عسكرنا فى دار الحرب فأخذه واحد ، لكنه هناك يخمس رواية واحدة وهنا فيه روايتان وعند محمد هو فىء لمن أخذه كالصيد والحشيش وفى إيجاب الخمس فيه روايتان عن محمد أيضا اه ملخصا (قوله وصح طلبه الخ) هذا غلط وعبارة البحر : لو طلب الأمان لأهله لايكون هو آمنا ، بخلاف ما إذا طلب لذراريه فإنه يدخل تحت الأمان اه فإنها صريحة فى أنه يصح طلب الأمان لأهله وذراريه جميعا ، غير أنه لا يدخل فى الأول ، ويدخل فى الثانى اه ح .

ويدخل فى الأولاد أولاد الأبناء لا أولاد البنات ، ولو غار عليهم عسكر آخر ثم بعد القسمة علموا بالأمان فعلى القاتل الدية وعلى الواطىء المهر ، والولد حر مسلم تبعا لأبيه وترد النساء والأولاد إلى أهلها يعنى بعد ثلاث حيض (وينقض الإمام) الأمان (لو) بقاؤه (شرا) ومباشره بلامصلحة يؤدب (وبطل أمان ذمى) إلا إذا أمره به مسلم شمنى

قلت : وظاهره أن الكلام فيما لو قال أمنوا أهلى أو قال أمنوا ذرارى فيدخل الطالب فى الثانى دون الأول ، ووجه الفرق خفى ، أما لو قال آمنونى على أهلى أو على ذرارى أو على متاعى أو قال آمنونى على عشرة من أهل الحصن دخل هو أيضا ، لأنه ذكر نفسه بضمير الكناية وشرط ماذكره معه لأن على للشرط كما نص على ذلك السرخسى مع فروع أخر ذكرت بعضها ملخصة فيما علقته على البحر .

مطلب لو قال على أولادى ففى دخول أولاد البنات روايتان

(قوله ويدخل فى الأولاد أولاد الأبناء الخ) أى لو قال آمنونى على أولادى دخل فيه أولاده لصلبه ، وأولادهم من قبل الذكور دون أولاد البنات ، لأنهم ليسوا بأولاده ، هكذا ذكر محمد هاهنا وذكر الخصاف عن محمد أنهم يدخلون لقوله عليه الصلاة والسلام حين أخذ الحسن والحسين « أولادنا أكبادنا » ووجه الرواية الأولى : أن هذا مجاز بدليل قوله تعالى – ما كان محمد أبا أحد من رجالكم – أو هو خاص بأولاد فاطمة ، كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال «كل الأولاد ينتمون إلى آبائهم إلا أولاد فاطمة فإنهم ينسبون إلى أنا أبوهم » لكنه حديث شاذ وهو مخالف لما تلونا .

مطلب لو قال على أولاد أولادى يدخل أولاد البنات

ولو قال على أولاد أولادى دخل أولاد البنات لأن اسم ولد الولد حقيقة لمن ولده ولدك وابنتك ولدك فما ولدته ابنتك يكون ولد ولدك حقيقة بخلاف الأول ، لأن ولدك من حيث الحكم من ينسب إليك ، وذلك أولاد الابن دون أولاد البنات شرخسى وذكر فى الذخيرة أن فيه روايتين أيضا ، وسيأتى تمام تحقيق ذلك فى الوقف إن شاء الله تعالى .

مطلب فى دخول أولاد البنات فى الذرية روايتان

[تنبيه] سكت الشارح عن دخول أولاد البنات فى الذرارى. وفى البحر : أن فيه روايتين أيضا ، وكذا قال السرخسى وذكر وجه رواية عدم الدخول أن أولاد البنات من ذرية آبائهم لامن ذرية قوم الأم ، ووجه رواية الدخول أن الذرية اسم للفرع المتولد من الأصل ، والأبوان أصلان للولد ومعنى الأصلية والتولد فى جانب الأم أرجح ، لأن الولد يتولد منها بواسطة ماء الفحل ثم ذكر فيه حكاية (١) (قوله ولو غار عليهم) أى على من أمنهم بعض العسكر الأول (قوله وعلى الواطىء المهر) أى مهر المثل ط (قوله والولد حر) أى من غير قيمة وهو مسلم أيضا تبعا لأبيه كما فى البحر (قوله يعنى بعد ثلاث حيض) وفى زمان الاعتداد يوضعن على يد عدل ، والعدل امرأة عجوز ثقة لاالرجل بحر (قوله وينقض الإمام الأمان) ويعلمهم بذلك كما فى قهستانى (قوله يؤدب) أى لو علم أنه منهى شرعا وإلا فجهله عذر فى دفع العقوبة عنه قهستانى (قوله إلا إذا أمره به مسلم) بأن قال له

---

(١) قوله ثم ذكر فيه حكاية حيث قال وفيه حكاية يحيى بن يعمر فان الحجاج أمر به ذات يوم فأدخل عليه وهم بقتله فقال له : لتقرأن على آية من كتاب الله تعالى نصا على أن العلوية من ذرية النبى صلى الله عليه وسلم أو لأقتلنك ولا أريد قوله تعالى – ندع أبناءنا وأبناءكم – فتلا قوله تعالى – ومن ذريته داود وسليمان إلى أن قال وزكريا ويحيى وعيسى – ثم قال فعيسى من ذرية نوح من قبل الأب أو من قبل الأم ، فبهت الحجاج ورده بجميل اه منه .

(وأسير وتاجر وصبي وعبد محجورين عن القتال) وصحح محمد أمان العبد . وفى الخانية خدمة المسلم مولاه الحربى أمان له (ومجنون وشخص أسلم ثمة ولم يهاجر إلينا) لأنهم لايملكون القتال والله أعلم .

باب المغنم وقسمته

فى المغرب : الغنيمة مانيل من الكفار عنوة والحرب قائمة ، فتخمس وباقيها للغانمين والفىء : مانيل منهم بعد كخراج

أمنهم فقال الذمى : قد أمنتكم أو أن فلانا المسلم قد أمنكم فيصح فى الوجهين : أما لو قال له المسلم : قل لهم إن فلانا أمنكم فيصح فى الوجه الثانى لأنه أدى الرسالة على وجهها دون الأول ، لأنه خالف لأنه إنشاء عقد منه وهو لايملكه ، بخلاف قول المسلم له أمنهم ، لأن الذمى صار مالكا للأمان بهذا الأمر ، فيكون فيه بمنزلة مسلم آخر وتمامه فى شرح السرخسى ، وصرح أيضا بأنه يصح سواء كان الآمر أمير العسكر أو رجلا غيره من المسلمين ، لأن أمان الذمى إنما لايصح لتهمة ميله إليهم وتزول التهمة إذا أمره مسلم به بخلاف مالو أمره بالقتال إذ لايتعين به معنى الخيرية فى الأمان اهـ وبه ظهر أن مافى الزيلعى وغيره من تقييد الآمر بكونه أمير العسكر قيد اتفاقى لأنه الأغلب فافهم (قوله وأسير وتاجر) لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافون ، والأمان يختص بمحل الخوف بحر . ثم نقل فى البحر عن الذخيرة : أنه لايصح أمانه فى حق باقى المسلمين حتى كان لهم أن يغيروا عليهم أما فى حقه فصحيح ، ويصير كالداخل فيهم بأمان فلا يأخذ شيئا من أموالهم بلا رضاهم وكذا معنى عدم صحة أمان العبد المحجور أى فى حق غيره أما فى حق نفسه فصحيح بلا خلاف اهـ .

قلت : والظاهر أن التاجر المستأمن كذلك .

[تنبيه] ذكر فى شرح السير : لو أمنهم الأسير ثم جاء بهم ليلا إلى عسكرنا فهم فىء لكن لاتقتل رجالهم استحسانا لأنهم جاءوا للاستئمان لاللقتال كالمحصور إذا جاء تاركا للقتال بأن ألقى السلاح ونادى بالأمان فإنه يأمن القتل (قوله محجورين عن القتال) فلو مأذونين فيه صح فى الأصح اتفاقا ، كما قدمنا (قوله وفى الخانية الخ) عبارتها: حربى له عبد كافر فأسلم العبد ، ثم خدم مولاه كانت الخدمة أمانا اهـ وفيه أن تعليلهم عدم جواز أمان الأسير والتاجر ، بأنهما مقهوران تحت أيديهم يقتضى عدم صحة هذا الفرع فتأمل اهـ ح .

قلت : يتعين حمل قوله كانت الخدمة أمانا على معنى كونها أمانا فى حق العبد نفسه لافى حق باقى المسلمين نظير ماقدمناه عن الذخيرة فى الأسير والعبد المحجور ، ويدل عليه تعبير الخانية بالحربى : أى فى دار الحرب من غير ذكر خروج ولاقتال إذ المسألة ذكرها فى الخانية فى فصل إعتاق الحربى العبد المسلم فافهم والله أعلم .

باب المغنم وقسمته

لما ذكر القتال ومايسقطه شرع فى بيان مايحصل به (قوله والفىء مانيل منهم بعد) أى بعد الحرب هذا لايشمل هدية أهل الحرب بلا تقدم قتال .

مطلب بيان معنى الغنيمة والفىء

قال فى الهندية : الغنيمة اسم لما يؤخذ من أموال الكفرة بقوة الغزاة وقهر الكفرة ، والفىء : ماأخذ منهم من غير قتال كالخراج والجزية وفى الغنيمة الخمس دون الفىء ومايؤخذ منهم هدية أو سرقة أو خلسة أوهبة ، فليس بغنيمة وهو للآخذ خاصة اهـ .

وهو لكافة المسلمين (إذا فتح الإمام بلدة صلحا جرى على موجبه وكذا من بعده) من الأمراء (وأرضها تبقى مملوكة لهم ولو فتحها عنوة) بالفتح أى قهرا (قسمها بين الجيش) إن شاء (أو أقر أهلها عليها بجزية) على رءوسهم (وخراج) على أراضيهم والأول أولى عند حاجة الغانمين (أو أخرجهم منها وأنزل بها قوما غيرهم ووضع عليهم الخراج) والجزية (لو) كانوا (كفارا) فلو مسلمين وضع العشر لاغير (وقتل الأسارى)

قلت : لكن في شرح السير الكبير لو وادع الإمام قوما من أهل الحرب سنة على مال دفعوه إليه جاز لو خيرا للمسلمين ، ثم هذا المال ليس بفيء ولاغنيمة حتى لايخمس ولكنه كالخراج يوضع فى بيت المال ، لأن الغنيمة اسم لمال مصاب بإيجاف الخيل والركاب والفيء اسم لما يرجع من أموالهم إلى أيدينا بطريق القهر ، وهذا رجع إلينا بطريق المراضاة ، فيكون كالجزية والخراج يوضع في بيت المال اهـ ومقتضاه أن ماأخذ بالقتال والحرب غنيمة وماأخذه بعده مما وضع عليهم قهرا كالجزية والخراج فيء وما أخذ منهم بلا حرب ولا قهر كالهدية والصلح فهو لاغنيمة ولا فيء، وحكمه حكم الفيء لايخمس ويوضع فى بيت المال فتأمل (قوله إذا فتح الإمام بلدة صلحا) ويعتبر فى صلحه الماء الخراجى والعشرى ، فإن كان ماؤهم خراجيا صالحهم على الخراج وإلا فعلى العشر أفاده القهستانى ط (قوله وكذا من بعده) فلا يغيره أحد لأنه بمنزلة نقض العهد ط (قوله أى قهرا) كذا فى الهداية . واتفق الشارحون على أن هذا ليس تفسيرا له لغة لأنها من عنا يعنو عنوة ذل وخضع ، لكن نقل فى البحر عن القاموس أن العنوة القهر . واعترضه فى النهر بأن صاحب القاموس لايميز بين الحقيقى والمجازى ، بل سيذكر المعانى جملة أى يذكر المعانى الاصطلاحية مع اللغوية بلا تمييز ه

قلت : لكن نقل صاحب النهر في أول باب العشر والخراج عن الفارابى أنه من الأضداد يطلق على الطاعة والقهر وكذا قال فى المصباح عنا يعنو عنوة إذا أخذ الشيء قهرا وكذا إذا أخذه صلحا فهو من الأضداد ، وفتحت مكة عنوة أى قهرا اهـ (قوله قسمها بين الجيش) أى مع رؤوس أهلها استرقاقا وأموالهم بعد إخراج خمسها لجهاته فتح (قوله أو أقر أهلها عليها) أى منّ عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم ، ووضع الجزية على الرءوس والخراج على أراضيهم من غير نظر إلى الماء الذى تسقى به أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والأودية والآبار ، أو ماء الخراج كالأنهار التى شقتها الأعاجم لأنه ابتداء التوظيف على الكافر ، وأما المن عليهم برقابهم وأرضهم فكروه ، إلا أن يدفع إليهم من المال مايتمكنون به من إقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الأراضى إلى أن يخرج الغلال وإلا فهو تكليف بما لايطاق ، وأما المن عليهم برقابهم مع المال دون الأرض أو برقابهم فقط ، فلا يجوز لأنه إضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا فتح (قوله والأول أولى) عبارة الاختيار قالوا والأول أولى وعبر في الفتح والبحر بقيل (قوله ووضع عليهم الخراج) أى على أرضهم (قوله وضع العشر لاغير) لأنه ابتداء وضع على المسلمين منح .

[تنبيه] للشرنبلالى رسالة سماها [الدرة اليتيمة فى الغنيمة] حاصلها : أن تخيير الإمام بين ماذكر مخالف لإجماع الصحابة على مافعله عمر من عدم قسمة الأراضى بين الغانمين ، وعدم أخذ الخمس منها كما نقله علماؤنا وأقروه .

قلت : وقد يجاب بأن مافعله عمر إنما فعله لأنه كان هو الأصلح إذ ذاك كمايعلم من القصة لالكونه هو اللازم ، كيف وقد قسم صلى الله عليه وسلم خيبر بين الغانمين، فعلم أن الإمام مخير فى فعل ماهو الأصلح فيفعله (قوله وقتل الأسارى) بضم الهمزة وفتحها قاموس والسماع الضم لاغير كما ذكره الرضى وغيره من المحققين : أى قتل الذين

إن شاء إن لم يسلموا (أو استرقهم أو تركهم أحرارا ذمة لنا) إلا مشركى العرب والمرتدين كما سيجىء (وحرم منهم) أى إطلاقهم مجانا ولو بعد إسلامهم ابن كمال لتعلق حق الغانمين ، وجوزه الشافعى لقوله تعالى — فإمامنا بعد وإما فداء — قلنا نسخ بقوله تعالى — فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم — شرح مجمع (و) حرم (فداؤهم) بعد تمام الحرب ، وأما قبله فيجوز بالمال لابالأسير المسلم درر وصدر الشريعة وقالا : يجوز وهو أظهر الروايتين عن الإمام شمنى : واتفقوا أنه لا يفادى بنساء وصبيان وخيل وسلاح إلا اضرورة ولا بأسير أسلم بمسلم أسير

يأخذهم من المقاتلين ، سواء كانوا من العرب أو العجم فلا تقتل النساء ولا الذرارى بل يسترقون لمنفعة المسلمين قهستانى (قوله إن لم يسلموا) فلو أسلموا تعين الأسر (قوله أو استرقهم) وإسلامه لايمنع استرقاقهم ، مالم يكن قبل الأخذ كذا فى الملتقى وشرحه (قوله ذمة لنا) أى حقا واجبا لنا عليهم من الجزية والخراج ، فإن الذمة الحق والعهد والأمان ويسمى أهل الذمة لدخولهم فى عهد المسلمين وأمانهم كما قال ابن الأثير ، وقد ظن أن المعنى ليكونوا أهل ذمة لنا قهستانى (قوله إلا مشركى العرب والمرتدين) فإنهم لايسترقون ولا يكونون ذمة لنا بل إما الاسلام أو السيف (قوله كما سيجى) أى فصل الجزية (قوله قلنا نسخ الخ) أى بآية —اقتلوا المشركين— من سورة براءة فإنها آخر سورة نزلت فتح .

وأما ماروى أنه عليه الصلاة والسلام منّ على أبى عزة الجمحى يوم بدر فقدكان قبل النسخ ، ولذا لما أسره يوم أحد قتله . وذكر محمد جوابا آخر ، وهو أنه كان من مشركى العرب ، وهم لايؤسرون فليس فى المن عليه إبطال حق ثابت للمسلمين ، ونحن نقول به فيهم وفى المرتدين وإن رأى الإمام النظر للمسلمين فى المن على بعض الأسارى ، فلا بأس به أيضا لأنه عليه الصلاة والسلام منّ على ثمامة بن أثال الحنفى بشرط أن يقطع الميرة عن أهل مكة ففعل ذلك حتى قحطوا شرح السير ملخصا . وقد نقل فى الفتح أن قول مالك وأحمد كقولنا ثم أيد مذهب الشافعى بما مر من قصة الجمحى ونحوها وقد علمت جوابه (قوله وحرم فداؤهم الخ) أى إطلاق أسيرهم بأخذ بدل منهم إما مال أو أسير مسلم فالأول لايجوز فى المشهور ، ولا بأس به عند الحاجة على مافى السير الكبير وقال محمد : لابأس به او بحيث لايرجى منه النسل كالشيخ الفانى كما فى الاختيار ، وأما الثانى فلا يجوز عنده ويجوز عندهما والأول الصحيح كما فى الزاد لكن فى المحيط أنه يجوز فى ظاهر الرواية وتمامه فى القهستانى . وذكر الزيلعى أيضا عن السير الكبير : أن الجواز أظهر الروايتين عن أبى حنيفة وذكر فى الفتح أنه قولهما وقول الأئمة الثلاثة وأنه ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صحيح مسلم وغيره : أنه فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين وفدى بامرأة ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة .

قلت : وعلى هذافقول المتون حرم فداؤهم مقيد بالفداء بالمال عند عدم الحاجة أما الفداء بالمال عند الحاجة أو بأسرى المسلمين فهو جائز (قوله بعد تمام الحرب الخ) عبارة الدرر وصدر الشريعة : وأما الفداء فقبل الفراغ من الحرب جاز بالمال لابالأسير المسلم ، وبعده لايجوز بالمال عند علمائنا ولا بالنفس عند الإمام ، وعند محمد يجوز ، وعن أبى يوسف روايتان وعند الشافعى يجوز مطلقا اه :

قلت : وهذا التفصيل خلاف الظاهر من كلامهم كما علمت ، ولذا قال ابن كمال بعد ذكره نحو مانقلناه عنهم وهذا البيان ظاهر فى عدم الفرق بين أن يكون ذلك قبل وضع الحرب أوزارها أو بعده اه وتبعه فى النهر (قوله واتفقوا أنه لايفادى بنساء وصبيان) إذ الصبيان يبلغون فيقاتلون والنساء يلدن فيكثر نسلهم منح ولعل المنع فيما إذا أخذ البدل مالاوإلا فقد جوزوا دفع أسراهم فداء لأسرنا مع أنهم إذا ذهبوا إلى دارهم يتناسلون ط (قوله وخيل وسلاح) أى إذا أخذناهما منهم فطلبوا المفاداة بمال لم يجز أن نفعل لأن فيه تقوية يختص بالقتال فيجوز من غير

إلا إذا أمن على إسلامه (و) حرم (ردهم إلى دارهم) ثابت في نسخ الشرح تبعا للدرر دون المتن تبعا لابن الكمال للعلم به من منع المن بالأولى (و) حرم (عقر دابة شق نقلها) إلى دارنا (فتذبح وتحرق) بعده إذ لايعذب بالنار إلا ربها (كما تحرق أسلحة وأمتعة تعذر نقلها وما لايحرق منها) كحديد (يدفن بموضع خفى) وتكسر أوانيهم وتراق أدهانهم مغايظة لهم (ويترك صبيان ونساء منهم شق إخراجها بأرض خربة حتى يموتوا جوعا) وعطشا للنهى عن قتلهم ولا وجه إلى إبقائهم (وجد المسلمون حية أو عقربا فى رحالهم ثمة) أى فى دار الحرب (ينزعون ذنب العقرب وأنياب الحية) قطعا للضرر عنا (بلا قتل) إبقاء للنسل تتارخانية وفيهامات نساء مسلمات ثمة وأهل الحرب يجامعون الأموات يحرقن بالنار)

ضرورة منح ط (قوله إلا إذا أمن على إسلامه) أى وطابت نفسه بدفعه فداء لأنه يفيد تخليص مسلم من غير إضرار لمسلم آخر فتح :

[تنبيه] فى القنية : أراد فى دار الحرب أن يشترى أسارى وفيهم رجال ونساء وعلماء وجهال فالأولى تقديم الرجال والجهال قال : وجوابه إن كان منصوصا من السلف فسمعا وطاعة وإلا فقضية الدليل تقديم النساء صيانة لأبضاع المسلمات .

قلت : والعلماء احتراما للعلم اه . وعلل البزازى تأخير العالم لفضله لأنه لايخدع بخلاف الجاهل در منتقى ، وقد يقال يقدم الرجال للانتفاع بهم فى القتال ط وهذا ظاهر فيما إذا اضطر إليهم وإلا فصيانة الأبضاع مقدمة على ذلك الانتفاع تأمل (قوله للعلم به) علة لسقوطه من المتن (قوله بالأولى) لأنه إذا حرم المن وهو الإطلاق يحرم الإطلاق مع الرد إلى الدار (قوله وحرم عقر دابة الخ) أى إذا أراد الإمام العود ومعه مواشى أهل الحرب ولم يقدر على نقلها إلى دارنا لايعقرها كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان فتح. وفى المغرب : عقر الناقة بالسيف ضرب قوائمها (قوله إذ لايعذب بالنار إلا ربها) علة لمفهوم قوله بعده وهو عدم إحراقها قبل الذبح ، وفى صحيح البخارى «فإنه لايعذب بها إلا الله» وأخرج البزار فى مسنده عن عثمان بن حبان قال : كنت عند أم الدرداء رضى الله عنها فأخذت برغوثا فألقيته فى النار فقالت : سمعت أبا الدرداء يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لايعذب بالنار إلا رب النار » فتح ملخصا . ولا يرد هذا على مامر من جواز حرق أهل الحرب عند قتالهم لأن ذاك مقيد بما إذا لم يمكن الظفر بهم بدونه كما قدمناه عن شرح السير فافهم ، وأورد المحشى على جواز إحراقها بعد الذبح أنه يقتضى أن الميت لايتألم مع أنه ورد أنه يتألم بكسر عظمه .

قلت : قد يجاب بأن هذا خاص ببنى آدم لأنهم يتنعمون ويعذبون فى قبورهم بخلاف غيرهم من الحيوانات وإلا لزم أن لاينتفع بعظمها ونحوه ثم رأيت ط ذكر نحوه (قوله ولا وجه إلى إبقائهم) لئلا يعودوا حربا علينا لأن النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا ولوالجية ، واعترضه فى الفتح بأن تركهم كذلك أشد من القتل المنهى عنه فى حقهم قال : اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة اه وهو عجيب فإن الولوالجى صرح بأن ذلك عند عدم إمكان الإخراج لامطلقا ، والمسألة فى المحيط أيضا بحروفيه نظر فإن مراد الفتح أن تركهم فى أرض خربة بلا طعام ولا شراب أشد من القتل ، فحيث لم يمكن إخراجهم فليتركوا فى مكانهم بلا مباشرة السبب فى إهلاكهم (قوله إبقاء للنسل) أى لتتناسل بعد رجوع عسكرنا فتؤذى أهل الحرب (قوله يحرقن بالنار) أى إذا لم يمكن دفنهن بمحل يخفى عليهم ولم تطل المدة بحيث يتفسخن ط .

(ولا تقسم غنيمة ثمة إلا إذا قسم) عن اجتهاد أو لحاجة الغزاة فتصح أو (للإيداع) فتحل إذا لم يكن للإمام حمولة فإن أبوا هل يجبرهم بأجر المثل روايتان، فإذا تعذر فإن بحال لوقسمها قدر كل على حمله قسم بينهم وإلا فهو مماشق نقله وسبق حكمه (ولم تبع) الغنيمة (قبلها) لا الإمام ولا لغيره يعنى للتمول أما لو باع شيئا كطعام جاز جوهرة (ورد) البيع (لو وقع) دفعا للفساد فإن لم يمكن رد ثمنه للغنيمة خانية (ومدد لحقهم ثمة

مطلب فى قسمة الغنيمة

(قوله ولا تقسم غنيمة ثمة) على المشهور من من مذهب أصحابنا لأنهم لايملكونها قبل الإحراز، وقيل تكره تحريما در منتقى (قوله أو لحاجة الغزاة) وكذا لو طلبوا القسمة من الإمام وخشى الفتنة كما فى الهندية عن المحيط (قوله فتصح) أى وتثبت الأحكام فتح أى من حل الوطء والبيع والعتق والإرث، بخلاف ماقبل القسمة بدون اجتهاد أو احتياج، ولو بعد الإحراز بدارنا قال فىالدر المنتقى: والذى قرره فى المنح كغيره أنه لاملك بعد الإحراز بدارنا أيضا إلا بالقسمة، فلا يثبت بالإحراز ملك لأحد، بل يتأكد الحق ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الإحراز لايعتق، ولو كان له ملك ولو بشركة لعتق وحكم استيلاد الجارية بعد الإحراز قبل القسمة وبعدها سواء، نعم لوقسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاء أحدهم وعتقه للشركة الخاصة حيث كانوا قليلا كمائة فأقل وقيل كأربعين والأولى تفويضه للإمام اه ملخصا. وتمام الكلام فيه.

والحاصل كما فى الفتح عن المبسوط: أن الحق يثبت عندنا بنفس الأخذ ويتأكد بالإحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالأخذ وما دام الحق ضعيفا لاتجوز القسمة اه. ويبتنى على هذا مايأتى فى المتن من عدم جواز البيع بل القسمة ومن استحقاق المدد لامن مات قبلها كما يأتى بيانه:

قلت: وهذا كله إذا لم يظهر عسكرنا على البلد، فلو ظهروا عليها وصارت بلد إسلام صارت الغنيمة محرزة بدارنا ويتأكد الحق فتصح القسمة كما يأتى التنبيه عليه قريبا (قوله فتحل) عبر بالحل وفيما قبله بالصحة لأنه ليس المراد هنا قسمة التمليك بل الايداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرجعها منهم ويقسمها كما فى الجوهرة وغيرها فليست قسمة حقيقية حتى توصف بالصحة (قوله حمولة) بفتح الحاء كل مااحتمل عليه من حمار وغيره سواء كانت عليه الأحمال أولم تكن اه ح (قوله روايتان) قال فى الفتح: والأوجه أنه إن خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا، وإن لم يخف قسمها قسمة الغنيمة فى دار الحرب لأنها تصح للحاجة وفيه إسقاط الإكراه وإسقاط الأجرة اه وقوله: يفعل هذا أى جبرهم بأجر المثل (قوله فإذا تعذر) أى القسم للإيداع بسبب عدم الإجبار على إحدى الروايتين أو لم يوجد عندهم حمولة على الرواية الأخرى قسمها بينهم حينئذ اه ح (قوله ولم تبع الغنيمة قبلها) أى قبل القسمة سواء كان فى دار الحرب أو بعد الإحراز فى دارنا شرنبلالية لأنها لاتملك قبل القسمة كما علمت قال فى الفتح: وهذا ظاهر فى بيع الغزاة، وأما بيع الإمام لها فذكر الطحاوى أنه يصح لأنه مجتهد فيه يعنى أنه لابد أن يكون الإمام رأى المصلحة فى ذلك، وأقله تخفيف إكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد فى المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا اه وبه يظهر مافى قوله لاللإمام ولا لغيره (قوله جوهرة) نص عبارتها: ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة، لأنه لاملك لأحد فيها قبل ذلك، وإنما أبيح لهم بالطعام والعلف للحاجة ومن أبيح له تناول شىء لم يجز له بيعه كمن أباح طعاما لغيره اه. فقوله: وإنما أبيح لهم الخ جواب سؤال تقديره كيف لايجوز البيع مع أنه يجوز لهم الانتفاع بالطعام والعلف كما يأتى والجواب ظاهر ولايخفى أنه ليس المراد بيع شىء بطعام، وإن كان الظاهر أن الحكم كذلك (قوله ومدد لحقهم ثمة) أى إذا لحق

كمقاتل لاسوقى) وحربى أو مرتد أسلم ثمة (بلا قتال) فان قاتلوا شاركوهم (ولا من مات ثمة قبل قسمة أو بيع ، و) او مات (بعد أحدهما ثمة أو بعد الإحراز بدارنا يورث نصيبه) لتأكد ملكه تتارخانية وفيها ادعى رجل شهود الوقعة وبرهن وقد قسمت لم تنقض استحسانا ويعوض بقدر حظه من بيت المال ، ومافى البحر من قياس الوقف على الغنيمة رده فى النهر وحررناه فى الوقف

المقاتلين فى دار الحرب جماعة يمدونهم وينصرونهم شاركوهم فى الغنيمة لما مر من أن المقاتلين لم يملكوها قبل القسمة ، وذكر فى التاترخانية أنه لاتنقطع مشاركة المدد لهم إلا بثلاث إحداها : إحراز الغنيمة بدارنا. الثانية : قسمتهافى دار الحرب. الثالثة : بيع الإمام لها ثمة لأن المدد لايشارك الجيش فى الثمن اه قال فى الشرنبلالية وتقييده بقوله ثمة أى فى دار الحرب إشارة إلى أنه لو فتح العسكر بلدا بدار الحرب ،واستظهروا عليه ثم لحقهم المدد لم يشاركهم لأنه صار بلد الإسلام ، فصارت الغنيمة محرزة بدار الإسلام نص عليه فى الاختيار اه .

قلت : وكذا فى شرح السير وزاد أن مثله لو وقع قتال أهل الحرب فى دارنا فلا شىء للمدد .

[تنبيه] قال فى البحر : وأفاد المصنف أن المقاتل وغيره سواء ، حتى يستحق الجندى الذى لم يقاتل لمرض أو غيره ، وأنه لايتميز واحد على آخر بشىء حتى أمير العسكر ، وهذا بلا خلاف كذا فى الفتح وفى المحيط والمتطوع فى الغزو وصاحب الديوان سواء (قوله لاسوقى) هو الخارج مع العسكر للتجارة نهر (قوله أسلم ثمة) عائد على الحربى والمرتد وأفرد الضمير للعطف بأو وزاد فى الفتح التاجر الذى دخل بأمان ولحق العسكر وقاتل (قوله ولو مات بعد أحدهما) أى بعد القسمة أو البيع بناء على ماقدمناه عن الطحاوى من أن للإمام بيع الغنيمة (قوله أو بعد الإحراز بدارنا) قال فى الدر المنتقى :وينبغى أن يزاد رابع هو التنفيل فسيجىء أنه يورث عنه وإن كان مات بدار الحرب وإن لم يثبت له الملك فيه وفيها يلغز : أى مال يورث ولا يملكه مورثه؟ولم أر من نبه على ذلك هنا فلينظر اه .

قلت : وفى التتارخانية عن المضمرات ومن مات فى دار الحرب من الغانمين بعد القسمة أو الاحراز بدارنا أو بعد بيع الإمام الغنائم فى دارنا أو فى دار الحرب ليقسم الثمن بينهم أو بعد مانفل لهم شيئا تحريضا أو بعد مافتح الدار وجعلها دار إسلام فإنه يورث نصيبه وإن مات قبل واحد من هذه بعد إصابة الغنيمة لايورث اه والظاهر أنه يملك ماقبضه بالتنفيل ثمة ففى كلام الدر المنتقى نظر فتدبر (قوله لتأكد ملكه) علة لقوله أو بعد الإحراز بدارنا فيورث نصيبه إذا مات فى دارنا قبل القسمة للتأكد لا الملك لأنه لاملك قبل القسمة ، وهذا لأن الحق المتأكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط فتح (قوله استحسانا) لعل وجهه تعسر النقض .

مطلب فى أن معلوم المستحق من الوقف هل يورث

(قوله وما فى البحر من قياس الوقف) أى غلة الوقف فإنه قال إنهم صرحوا بأن معلوم المستحق لايورث بعد موته على أحد القولين ، ولم أر ترجيحا وينبغى التفصيل ، فمن مات بعد خروج الغلة وإحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيبه لتأكد الحق فيه كالغنيمة بعد الإحراز بدارنا وإن مات قبل الإحراز فى يد المتولى لايورث.

(قوله رده فى النهر) حيث قال : أقول فى الدرر والغرر عن فوائد صاحب المحيط للإمام والمؤذن وقف فلم يستوفيا حتى ماتا سقط لأنه فى معنى الصلة وكذا القاضى وقيل لا يسقط لأنه كالأجرة اه . وجزم فى البغية بأنه يورث بخلاف رزق القاضى. وأنت خبير بأن مايأخذه القاضى ليس صلة كما هو ظاهر ولا أجرا لأن مثل هذه العبادة لم يقل أحد بجواز الاستئجار عليها بخلاف مايأخذه الإمام والمؤذن فإنه لاينفك عنهما فبالنظر إلى الأجرة

أى للغانمين لا غير (الانتفاع فيها) أى فى دار الحرب (بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة) أطلق الكل تبعا للكنز وقيد فى الوقاية السلاح بالحاجة ،

يورث مايستحق إذا استحق غير مقيد بظهور الغلة وقبضها فى يد الناظر وبالنظر إلى الصلة لايورث وإن قبضه الناظر قبل الموت وبهذا عرف أن القياس على الغنيمة غير صحيح ، وسيأتى لهذا مزيد بيان فى الوقف إن شاء الله تعالى اه .

أقول : لم يف بما وعد من بيانه فى الوقف، وقوله إن مايأخذه القاضى ليس صلة مخالف لما فى الهداية وغيرها قبيل باب المرتد كما سيأتى نعم مايأخذه الإمام ونحوه فيه معنى الصلة ومعنى الأجرة، والظاهر أن ذلك منشأ الخلاف المحكى فى الدرر لكن ماجزم به فى الغنية(١) يقتضى ترجيح جانب الأجرة ، وهو ظاهر لا سيما على ما أفتى به المتأخرون من جواز الأجرة على الأذان والإمامة والتعليم وعلى هذا مشى الإمام الطرسوسى فى أنفع الوسائل على أن المدرس ونحوه من أصحاب الوظائف إذا مات فى أثناء السنة يعطى بقدر ماباشر ويسقط الباقى قال بخلاف الوقف على الأولاد والذرية فإنه إذا مات مستحق منهم يعتبر فى حقه وقت ظهور الغلة ، فإن مات بعد ظهورها ولو لم يبد صلاحها صار مايستحقه لورثته وإلا سقط اه . وتبعه فى الأشباه وأفتى به فى الفتاوى الخيرية ، فليكن العمل عليه من التفصيل . والفرق بين كون المستحق مثل المدرس أو من الأولاد والله تعالى أعلم، ثم رأيت الشيخ إسمعيل فى شرحه على الدرر نقل قبيل باب المرتد مثل ذلك عن المفتى أبى السعود ، وأن المدرس الثانى يستحق الوظيفة من وقت إعطاء السلطان فتلحق الأيام التى قبل المباشرة بأيام المباشرة حيث كان الأخذ عن ميت لأنها من مبادئ أيام المباشرة كأيام التعطيل اه .

[تنبيه] ظهر من كلام الطرسوسى أن معلوم المدرس ونحوه يورث عنه بقدر ماباشر وإن لم تظهر الغلة وأن معلوم المستحق فى وقف الذرية يورث عنه بموته بعد ظهور الغلة وإن لم يقبضها الناظر على خلاف مامر عن البحر ، وينبغى أن تكون الغلة بعض قبض الناظر لها ملكا للمستحقين وإن لم تقسم حيث كانوا مائة فأقل قياسا على الغنيمة إذا قسمت على الرايات قبل أن تقسم على الرءوس فقد مر قريبا أنها تملك للشركة الخاصة .

فالحاصل : أن غلة الوقف بعد ظهورها تورث لأنه تأكد فيها حق المستحقين وبعد إحرازها بيد الناظر صارت ملكا لهم وهى فى يده أمانة لهم يضمنها إذا استهلكها وأهلكت بعد امتناعه عن قسمتها إذا طلبوا القسمة وإذا كانت حنطة أو نحوها يصح شراء الناظر حصة أحدهم منها هذا ماظهر لى ، ويؤيده ماسيأتى فى الحوالة إن شاء الله تعالى عن البحر حيث جعل الحوالة على الناظر من المستحق كالحوالة على المودع والله سبحانه أعلم (قوله أى للغانمين) أى ممن له سهم أو رضخ شرنبلالية ، ويأخذ الجندى مايكفيه ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانه الذين دخلوا معه بحر (قوله لاغير) فخرج التاجر والداخل لخدمة الجندى بأجر إلا أن يكون قد خبز الحنطة أو طبخ اللحم ، فلا بأس به حينئذ لأنه ملكه بالاستهلاك ولو فعلوا لاضمان عليهم بحر (قوله بعلف) ولا بأس بعلف دوابه البر إذا لم يوجد الشعير در منتقى (قوله وطعام) أطلقه فشمل المهيأ للأكل وغيره حتى يجوز لهم ذبح المواشى : ويردون جلودها فى الغنيمة بحر (قوله ودهن) بالضم مايدهن به أما بالفتح فهو مصدر، والأول هنا أولى لتناسق المعطوفات خلافا للعينى كما أفاده فى النهر ، والمراد بالدهن مايؤكل لقول الزيلعى إن ما لا يؤكل عادة لايجوز له تناوله مثل الأدوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك اه . ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه إلى استعمالها جاز كما بحثه فى الفتح وصرح به فى المحيط بحر (قوله وقيد فى الوقاية الخ) قال فى الدر المنتقى : اعلم أنه ذكر فى فتح

---

(١) قوله (الغنية) هكذا بخطه بغين معجمة فنون والذى سبق بخطه البغية بموحدة فغين معجمة فليحرر اه مصححه .

وهو الحق وقيد الكل فى الظهيرية بعدم نهى الإمام عن أكله فإن نهى لم يبح فينبغى تقييد المتون به (و) بلا (بيع وتمول) فلو باع رد ثمنه ، فان قسمت تصدق به لو غير فقير . ومن وجد مالا يملكه أهل الحرب كصيد وعسل فهو مشترك فيتوقف بيعه على إجازة الأمير فإن هلك أو الثمن أنفع أجازه وإلا رده للغنيمة بحر (وبعد الخروج منها لا) إلا برضاهم (ومن أسلم منهم)

القدير أن استعمال السلاح والكراع والفرس إنما يجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ، ولو فعل أثم ولا ضمان عليه إن تلف ، وأما غير السلاح ونحوه مما مر كالطعام فشرط فى السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس ، ولم يشترطها فى السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الأئمة الثلاثة ، فيجوز لكل من الغنى والفقير تناوله اه ملخصا وهكذا ذكره فى الشرنبلالية ، ولا يخفى ترجيح الاستحسان ههنا .

قلت : وهو ما اختاره الماتن يعنى صاحب الملتقى وهو الحق كما علمت اه . قال فى النهر : ولو احتاج الكل إلى السلاح والثياب قسمها حينئذ بخلاف السبى إذا احتيج إليه ولو للخدمة لكونه من فضول الحوائج اه وفسر الحاجة بالفقر. قلت : والظاهر أنها أعم إذ لو كان غنيا ولا يجد مايشتريه فهو كذلك (قوله فإن نهى لم يبح) والحاصل منع الانتفاع بسلاح ودواب ودواء إلا لحاجة وحل المأكول مطلقا إلا لنهى الإمام ، فالمنع مطلقا كمنع استباحة الفرج مطلقا لأن الفرج لايحل إلا بالملك ، ولاملك قبل الإحراز بدارنا ولو أمته المأسورة ، بخلاف امرأته المأسورة ومدبرته وأم ولده إن لم يطأهن الحربى كما سيجىء فليحفظ در منتقى :

لكن فى البحر ينبغى أن يقيد النهى عن المأكول والمشروب بما إذا لم تكن حاجة فإن كانت لايعمل نهيه اه (قوله وبلا بيع وتموّل) أى لاينتفع بالكل بالبيع فى دار الحرب قبل القسمة أصلا احتيج إليه أولا ولا التمول لعدم الملك ، وإنما أبيح الانتفاع للحاجة ، والمباح له لايملك البيع در منتقى والمراد بالتمول أن يبقى ذلك الشىء عنده يجعله مالا له ، ولذا قال القهستانى وإذا استعمل السلاح ونحوه برده إلى المغنم (قوله رد ثمنه) أى إذا أجازه الإمام لأنه بيع الفضولى نهر (قوله فإن قسمت) أى الغنيمة تصدق به أى بالثمن لأنه لقلته لاتمكن قسمته فتعذر إيصاله إلى مستحقه فيتصدق به كاللقطة كما فى الفتح (قوله لو غير فقير) فلو فقيرا يأكله بحر (قوله مالا يملكه أهل الحرب) أى شيئا غير مملوك لهم لكن يخص منه مايشترك فيه العامة لما فى البحر لو حش الجندى الحشيش فى دار الحرب أو استقى الماء وباعه طلب له ثمنه (قوله فهو مشترك) أى بين الغانمين فلا يختص به الآخذ بحر (قوله أجازه) أى وأخذ الثمن ورده فى الغنيمة وقسمه بين الغانمين بحر (قوله وإلا) صادق بصورتين : إحداهما لو كان المبيع قائما ، والثانية : لو كان البيع أنفع من الثمن ، وظاهر أنه فيهما يفسخ البيع ويرد المبيع للغنيمة مع أنه إذا كان قائما والثمن أنفع لهم أجازه كما فى البحر فيتعين حمل قوله أو الثمن أنفع على معنى أو لم يهلك والثمن أنفع (قوله وبعد الخروج منها) أى من دار الحرب لا : أى لاينتفع بشىء مما ذكر لزوال المبيح ، ولأن حقهم قد تأكد حتى يورث نصيبهم بحر :

زاد فى الكنز وغيره ومافضل رده أى والذى فضل فى يده مما أخذه قبل الخروج من دار الحرب ورده الأخذ إلى الغنيمة بعد الخروج إلى دارنا لزوال الحاجة التى هى مناط الإباحة وهذا التعليل يفيد أنه لو كان فقيرا أكله بالضمان كما فى المحيط هذا كله قبل القسمة أما بعدها فإن كان غنيا وكانت العين قائمة تصدق بها وبقيمتها لو هالكة ، وإن كان فقيرا انتفع بها نهر (قوله ومن أسلم منهم) أى فى دار الحرب لأن المستأمن إذا أسلم فى دار

قبل مسكه (عصم نفسه وطفله وكل مامعه) فإن كانوا أخذوا أحرز نفسه فقط (أو أودعه معصوما) ولو ذميا فلو عند حربى فنيء كما لو أسلم ثم خرج إلينا ثم ظهرنا على الدار فماله ثمة فىء سوى طفله لتبعيته (لا ولده الكبير وزوجته وحملها وعقاره وعبده المقاتل) وأمته المقاتلة وحملها لأنه جزء الأم .

(حربى دخل دارنا بغير أمان) فأخذه أحدنا (فهو) وما معه (فىء) لكل المسلمين سواء (أخذ قبل الإسلام أو بعده) وقالا لآخذه خاصة وفى الخمس روايتان قنية ،وفيها استأجره لخدمة سفره فغزا بفرس المستأجر وسلاحه فسهمه بينهما إلا إذا شرط فى العقد أنه للمستأجر .

فصل فى كيفية القسمة

الإسلام ، ثم ظهرنا على داره فجميع ماخلفه فيها من الأولاد الصغار والمال فىء لأن التباين قاطع للعصمة وللتبعية بحر (قوله قبل مسكه) قيد به لأنه لو أسلم بعده فهو عبد ؛ لأنه أسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه بحر وقيد فى البحر وتبعه فى النهر بقيد آخر وهو قوله ولم يخرج إلينا وفيه كلام يأتى قريبا (قوله فإن كانوا أخذوا) أى قبل إسلامه (قوله أو أودعه معصوما) قيد بالوديعة لأن ما كان غصبا فى يد مسلم أوذمى فهو فىء عند الإمام خلافا لهما بحر (قوله سوى طفله) كذا نقله فى النهر عن الفتح مع أنه فى الفتح قال بعده : وما أودعه مسلما أوذميا ليس فيئا فقد نظر إلى صدر كلامه الموهم ولم ينظر إلى عجزه وستأتى المسألة فى المستأمن متنا حيث قال : وإن أسلم ثمة فجاءنا فظهر عليهم فطفله حر مسلم ووديعته مع معصوم له وغيره فىء ومن ثم قال الزيلعى هناك : إن حكم المسألتين واحد وبه ظهر أن تقييد البحر بقوله ولم يخرج إلينا غير صحيح (قوله لاولده الكبير) لأنه كافر حربى ولاتبعية وكذا زوجته بحر ومفاده أن المراد بالكبير البالغ ، وأن الصغير يتبعه ولوكان يعبر عن نفسه ، خلافا لما قيل إنه لايتبعه فى الإسلام ، إلا إذ كان صغيرا لايعبر عن نفسه كما قدمناه فى الجنائز وسنذكره أيضا فى فصل استئمان الكافر فاغتنم ذلك فإنه أخطأ فيه كثير (قوله وحملها) لأنه جزء منها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل ، لأنه حر لانعدام الجزئية عند ذلك بحر (قوله وعقاره) وكذا مافيه من زرع لم يحصد لأنه فى يد أهل الدار إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن فى يده إلا حكما نهر (قوله وعبده المقاتل) لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لأهل داره بحر (قوله قبل الإسلام أو بعده) لعله لانعقاد سبب الملك فيه للمسلمين والإسلام لايمنع الرق السابق عليه ط (قوله وقالا لآخذه) أى هو لمن أخذه خاصة وقدمنا قبل هذا الباب عن شرح السير نسبة هذا القول لمحمد (قوله وفى الخمس) أى فى وجوب الخمس روايتان عن الإمام وكذا عن محمد كما قدمناه (قوله استأجره لخدمة سفره الخ) هذه من مسائل الفصل الآتى ووجهها غير ظاهر ، فإن أجير الغازى للخدمة لاسهم له لأخذه على خروجه ،الا إلا إذا قاتل وترك العمل كما فى شرح السير ، وفيه لو دخل دار الحرب فارسا ثم دفع فرسه لرجل ليقاتل عليه على أن سهم الفرس لصاحبه جاز لأنه لو لم يشرط ذلك كان سهم فرسه له ولوكان ذلك قبل الدخول فسهم الفرس لمن أدخله دار الحرب لأن السبب وهو الانفصال فارسا قد انعقد له ويكون لصاحب الفرس عليه أجر مثل فرسه اهـ ملخصا فتأمل والله سبحانه وتعالى أعلم .

مطلب مخالفة الأمير حرام

فصل فى كيفية القسمة

لما فرغ من بيان الغنيمة شرع فى بيان قسمتها وأفردها بفصل لكثرة شعبها وهو جعل النصيب الشائع معينا نهر . قال فى الملتقى : وينبغى للإمام أن يعرض الجيش عند دخول دار الحرب ليعلم الفارس من الراجل قال

(المعتبر فى الاستحقاق) لسهم فارس وراجل (وقت المجاوزة) أى الانفصال من دارنا وعند الشافعى وقت القتال (فلو دخل دار الحرب فارسا فنفق) أى مات (فرسه استحق سهمين ومن دخل راجلا فشرى فرسا استحق سهما ولا يسهم لغير فرس واحد) صحيح كبير (صالح لقتال) فلو مريضا إن صح قبل الغنيمة استحقه استحسانا لا لو مهرا فكبر تتارخانية ، وكأن الفرق حصول الإرهاب بكبير مريض لابالمهر ولو غصب فرسه قبل دخوله أو ركبه آخر أو نفر ودخل راجلا ثم أخذه

فى شرحه : وأن يكتب أسماءهم وأن يؤمر عليهم من كان بصيرا بأمور الحرب وتدبيرها ولو من الموالى وعليهم طاعته لأن مخالفة الأمير حرام إلا إذ اتفق الأكثر أنه ضرر فيتبع اه (قوله المعتبر فى الاستحقاق) أى استحقاق الغانمين لأربعة أخماس الغنيمة ، لأن خمسها يخرجه الإمام لله تعالى كما سيجىء قال تعالى: ـفإن لله خمسه وللرسولـ در منتقى (قوله وقت المجاوزة) برفع وقت على أنه خبر المبتدأ (قوله أى الانفصال من دارنا) أى مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب نهر (قوله فلو دخل دار الحرب فارسا) هو من معه فرس ، ولو فى سفينة كما فى الشرنبلالية عن الاختيار وغيره ، لأنه تأهب للقتال على الفرس والمتأهب للشىء كالمباشر له (قوله فنفق) كفرح ونصر نفد وفنى قاموس ط وشمل مالو قتل فرسه رجل وأخذ منه القيمة كما فى البحر ، ومثله مالو أخذه العدو كما فى شرح السير واحترز به عما لو باعه قبل القتال فإنه يستحق سهم راجل كما يأتى (قوله استحق سهمين) سهم لنفسه وسهم لفرسه ، وهـذا عنده وعندهما ثلاثة أسهم له سهم ولفرسه سهمان ، لأنه عليه الصلاة والســلام فعل ذلك على مارواه البخارى وغيره ، وحمله أبو حنيفة على التنفيل توفيقا بين الروايات ملتقى وشرحه ، وإذا كان حديث فى البخارى وحديث آخر فى غيره رجاله رجال الصحيح أورجال روى عنهم البخارى كان الحديثان متساويين والقول بأن الأول أصح تحكم لانقول به مع أن الجمع وإن كان أحدهما أقوى أولى من إبطال الآخر وتمامه فى الفتح (قوله ولايسهم لغير فرس واحد) وعند أبى يوسف يسهم لفرسين ، وماروى فيه يحمل على التنفيل أيضا در منتقى (قوله صالح للقتال) اعترض بأن هذا يغنى عن قوله صحيح كبير ، وفيه أنه لايلزم من كونه صحيحا كبيرا صلاحيته للقتال لجواز كونه حرونا أو لايجرى فلايصلح للكر والفر أفاده ط لـكن مراد المعترض أن كلام المتن يغنى عما زاده الشارح ، فالأولى الجواب بأنه زاد ذلك تفسيرا لقول المتن صالح للقتال نعم كان الأولى تأخيره عنه كما فعله فى الشرنبلالية فافهم .

[تنبيه] يشترط فى الفرس أن لايكون مشتركا فلا سهم لفرس مشترك للقتال عليه ، إلا إذا استأجر أحد الشريكين حصة الآخر قبل الدخول در منتقى ، واستفيد منه أنه لايشترط أن يكون الفرس ملكه فيشمل المستأجر والمستعار وكذا المغصوب كما يأتى (قوله لالو مهرا فكبر) أى بأن طال المكث فى دار الحرب ، حتى بلغ المهر وصار صالحا للركوب فقاتل عليه لايستحق سهم الفرسان بحر (قوله وكأن الفرق الخ) هو لصاحب البحر ، ولايظهر إذا كان المرض بينا أفاده ط .

قلت : وقد ذكر الفرق الإمام السرخسى ، وهو أن المريض كان صالحا للقتال عليه إلا أنه تعذر لعارض على شرف الزوال فإذا زال صار كأن لم يكن بخلاف المهر فإنه ما كان صالحا ، وإنما صار صالحا فى دار الحرب ويوضحه أن الصغيرة لانفقة لها على زوجها لأنها لاتصلح لخدمة الزوج بخلاف المريضة لأنها كانت صالحة ولكن تعذر ذلك لعارض اه ملخصا (قوله قبل دخوله) أى فى الحد الفاصل بين دارنا ودار الحرب (قوله ثم أخذه) أى فى المسائل المذكورة : أى أخذه قبل القتال فله سهمان استحسانا لأنه التزم مؤنة الفرس من حين خروجه من

فله سهمان لا لو باعه ولو بعد تمام القتال فإنه يسقط في الأصح لأنه ظهر أن قصده التجارة فتح . وأقره المصنف لكن نقل في الشرنبلالية عن الجوهرة والتبيين مايخالفه ، وفي القهستاني: لو باعه في وقت القتال فراجل على الأصح ولو بعد تمام القتال فارس بالاتفاق انتهى فتنبه ولتحفظ هذه القيود خوف الخطأ في الافتاء والقضاء (ولا) يسهم (لعبد وصبي وامرأة وذمي) ومجنون ومعتوه ومكاتب (ورضخ لهم) قبل إخراج الخمس عندنا (إذا باشروا القتال

أهله وقاتل عليه ، فلا يحرم سهمه بعارض غصب ونحوه فيما بين ذلك أما لو قاتل عليه الغاصب حتى غنموا وخرجوا فله سهم الفارس إذ لافرق بين الفرس المغصوب والمملوك ، ولصاحب الفرس سهم راجل إلا إذا أصابوا غنائم بعد أخذه فرسه فله منها سهم فارس ، وللغاصب سهم راجل كما لوكان الغصب بعد دخول دار الحرب وتمامه في شرح السير (قوله فله سهمان) وكذا لو جاوزه أي جاوز الدرب مستأجرا أو مستعيرا وحضر به أي حضر به الوقعة وكذا الغاصب ، لكن يستحقه من وجه محظور فيتصدق به جوهرة . وفي المنح: لو رجع الواهب فالموهوب له فارس فيما أصابه قبل الرجوع وراجل فيما أصابه بعده والراجع راجل مطلقا اه در منتقى أي لأنه جاوز الدرب راجلا باختياره كالمؤجر والمعير بخلاف المغصوب منه (قوله لالو باعه) أي باختياره فلو مكرها فله سهم فارس ، كما في البحر وكالبيع مالو رهنه أوآجره أووهبه بحر (قوله ولو بعد تمام القتال) تبع في هذا المصنف حيث قال وفي فتح القدير لو باعه بعد الفراغ من القتال لايسقط عند البعض ، قال المصنف : يعني صاحب الهداية الأصح أنه يسقط لأنه ظهر أن قصده التجارة اه وهو غلط في النقل،عن الفتح وهذه عبارة الفتح ولو باعه بعد الفراغ من القتال لم يسقط سهم الفارس بالاتفاق ، وكذا إذا باعه حال القتال لايسقط عند البعض قال المصنف ، الأصح أنه يسقط لأنه ظهر أن قصده التجارة اه ومثله في التبيين والجوهرة وعبارة القهستاني موافقة له فلا معنى للاستدراك اه ح ملخصا .

قلت : والظاهر أنه سقط من نسخة المصنف مابين لفظي القتال ، فحصل الاختلال فاستدراج الشارح عليه في محله . نعم كان الأولى له مراجعة عبارة الفتح فافهم(قوله ولتحفظ هذه القيود) أي المذكورة في قوله ولايسهم لغير فرس واحد صحيح كبير صالح للقتال ، كما هو صريح عبارته في شرحه على الملتقى ، وأصل ذلك للمصنف فإنه بعد أن قيد المتن بقوله : صالح للقتال قال : إن صاحب الكنز وغيره من أصحاب المتون أخل بما ذكرنا من القيد وإن العجب من أصحاب المتون فإنهم يتركون في متونهم قيودا لابد منها : وهي موضوعة لنقل المذهب ، فيظن من يقف على مسائله الإطلاق ، فيجرى الحكم على إطلاقه ،وهو مقيد فيرتكب الخطأ في كثير من الأحكام في الافتاء والقضاء اه فافهم (قوله وذمي) ولوأسلم أو بلغ المراهق قبل القسمة والخروج إلى دار الإسلام يسهم له كما في شرح السير ،والظاهر أن العبد إذا أعتق كذلك (قوله ورضخ لهم) أي يعطون قليلا من كثير فإن الرضيخة هي الإعطاء كذلك ، والكثير السهم فالرضخ لايبلغ السهم فتح (قوله عندنا) وفي قول للشافعي ورواية عن أحمد أنه من أربعة الأخماس فتح (قوله إذا باشروا القتال) شمل المرأة فإنها يرضخ لها إذا قاتلت أيضا وأطلق مباشرة القتال في العبد ، فشمل ما إذا قاتل بإذن سيده أو بدونه كما في الفتح وبه صرح في شرح السير الكبير ، وقال : القياس أنه إذا قاتل بلا إذن المولى لا يرضخ له كمستأمن قاتل بلا إذن الإمام ، والاستحسان أنه يرضخ له لأنه غير محجور عما يتمحض منفعة ، وهو نظير القياس والاستحسان في العبد المحجور إذا آجر نفسه وسلم من العمل اه ملخصا وبه ظهر أن قوله في الولوالجية إن العبد إذا كان مع مولاه يقاتل بإذنه يرضخ له غير قيد خلافا لما فهمه في البحر ولم أر من نبه عليه فتنبه ، وظهر به أيضا أن قوله في اليعقوبية : ينبغي أن يسهم للعبد المأذون بحث مخالف للمنقول .

أو كانت المرأة تقوم بما صالح المرضى) أو تداوى الجرحى (أو دل الذمى على الطريق) ومفاده جواز الاستعانة بالكافر عند الحاجة وقد استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود ورضخ لهم (ولايبلغ به السهم إلا فى الذمى) إذا دل فيزاد على السهم لأنه كالأجرة (والبراذين) خيل العجم (والعتاق) بكسر العين جمع عتيق كرام خيل العرب والهجين الذى أبوه عربى وأمه عجمية والمقرف عكسه قاموس (سواء لا) يسهم (للراحلة والبغل) والحمار لعدم الإرهاب

[تنبيه] اقتصر المصنف على المذكورين لأن الأجير لايسهم له ولايرضخ لعدم اجتماع الأجر والنصيب من الغنيمة إلا إذا قاتل فإنه يسهم له بحر أى بخلاف المذكورين فإنهم إذا قاتلوا يرضخ ولايسهم لهم (قوله أوتداوى الجرحى) هذا داخل فيما قبله مع أنه يوهم التخصيص بهذا النوع فالأولى أن يقول بدله أو تطبخ أو تخبز للغزاة كما فى شرح السير ، ومثل ذلك السقى ومناولة السهام كما فى الفتح :

والحاصل : أن المراد حصول منفعة منها للغزاة احترازا عما إذا خرجت لخدمة زوجها مثلا (قوله عند الحاجة) أما بدونها فلا لأنه لايؤمن غدره .

مطلب فى الاستعانة بمشرك

(قوله وقد استعان عليه الصلاة والسلام الخ) ذكر فى الفتح أن فى سنده ضعفا ، وأن جماعة قالوا لايجوز لحديث مسلم « أنه عليه الصلاة والسلام خرج إلى بدر فلحقه رجل مشرك فقال : ارجع فلن أستعين بمشرك » الحديث وروى رجلان ثم قال وقال الشافعى رده عليه الصلاة والسلام المشرك والمشركين كان فى غزوة بدر ثم إنه عليه الصلاة والسلام استعان فى غزوة خيبر بيهود من بنى قينقاع ، وفى غزوة حنين بصفوان بن أمية ، وهو مشرك فالردان كان لأجل أنه كان مخيرا بين الاستعانة وعدمها فلا مخالفة بين الحديثين وإن كان لأجل أنه مشرك فقد نسخه ما بعده (قوله فيزاد على السهم) أى إذا كان فى دلالته منفعة عظيمة للمسلمين فيرضخ له على قدر مايرى الإمام ولو أكثر من سهام الفرسان شرح السير (قوله لأنه كالأجرة) أشار إلى الفرق بين ما إذا قاتل الذمى حيث لا يبلغ فى الرضخ له السهم وما إذا دل حيث تصح الزيادة ، وهو أن مايدفع له فى هذه الحالة ليس رضخا ، بل قائم مقام الأجرة بخلاف ما إذا قاتل فإنه لايبلغ به السهم لأنه عمل عمل الجهاد ولا يسوى فى عمله بين من يؤجر عليه ، ومن لايقبل منه أفاده فى الفتح .

[تنبيه] قال فى الحواشى اليعقوبية لا وجه لتخصيص حكم الدلالة على الطريق بالذمى ، لأن العبد أيضا إذا دل يعطى له أجر الدلالة بالغاما بلغ إلا أن تمنع إرادة التخصيص فليتأمل اهـ (قوله سواء) أى فى القسم فلا يفضل أحدها على الآخر فتح ، وهو خبر عن قول المصنف والبراذين والعتاق ، وعلى حل الشارح خبر لمبتدأ محذوف : أى هذه الأربعة سواء لأنه قدر لكل واحد منها على انفراده خبرا فلا يصلح أن يكون خبرا عنها جميعا ، ولايخفى أن مازاده الشارح من الهجين بوزن عجين ، والمقرف بوزن محسن يفهم حكمه بالأولى لأنه فوق البراذين (قوله لايسهم للراحلة) هى المركوب من الإبل ذكرا كان أوأنثى والتاء فيها للوحدة أو للنقل من الوصفية إلى الإسمية والجمل يختص بالذكر ط (قوله لعدم الإرهاب) أى تخويف العدو إذلاتصح للكر والفر :

(والخمس) الباقى يقسم أثلاثا عندنا (لليتيم والمسكين وابن السبيل) وجاز صرفه لصنف واحد فتح ،وفى المنية لو صرفه للغانمين لحاجتهم جاز وقد حققته فى شرح الملتقى (وقدم فقراء ذوى القربى) من بنى هاشم (منهم) أى من الأصناف الثلاثة (عليهم) لجواز الصدقات لغيرهم لا لهم (ولا حق لأغنيائهم) عندنا

مطلب فى قسمة الخمس

(قوله والخمس الباقى) أى الباقى بعد أربعة أخماس الغانمين (قوله عندنا) وأما عند الشافعى فيقسم أخماسا سهم لذوى القربى ، وسهم للنبى صلى الله عليه وسلم يخلفه فيه الإمام ، ويصرفه إلى مصالح المسلمين والباقى للثلاثة للآية زيلعى (قوله لليتيم) أى بشروط فقره ، وفائدة ذكره دفع توهم أن اليتيم لايستحق من الغنيمة شيئا لأن استحقاقها بالجهاد ، واليتيم صغير فلا يستحقها ، ومثله مافى التأويلات للشيخ أبى منصور لما كان فقراء ذوى القربى يستحقون بالفقر ، فلا فائدة فى ذكرهم فى القرآن أجاب بأن أفهام بعض الناس قد تقضى إلى أن الفقير منهم لا يستحق ، لأنه من قبيل الصدقة ، ولا تحل لهم بحر (قوله والمسكين) المراد منه مايشمل الفقير (قوله وجاز صرفه الخ) علله فى البدائع بأن ذكر هؤلاء الأصناف لبيان المصارف ، لا لإيجاب الصرف إلى كل صنف منهم شيئا بل لتعيين المصرف ،حتى لايجوز الصرف إلى غير هؤلاء اهـ شرنبلالية (قوله وقد حققته فى شرح الملتقى) ونصه والخمس الباقى من المغنم كالمعدن والركاز يكون مصرفها لليتامى المحتاجين والمساكين وابن السبيل فتقسم عندنا أثلاثا هذه الأموال الثلاثة لهؤلاء الأصناف الثلاثة خاصة غير متجاوز عنهم إلى غيرهم ، فتصرف لكلهم أو لبعضهم ، فسبب استحقاقهم احتياج بيتم أو مسكنة أو كونه ابن السبيل ، فلا يجوز الصرف لغنيهم ،ولا لغيرهم كما في الشرنبلالية والقهستانى .

قلت : ونقلت فيما علقته على التنوير عن المنية أنه لو صرف للغانمين لحاجتهم جاز اهـ ولعله باعتبار الحاجة فلاتنافى حينئذ فتنبه اهـ .

أقول : لامعنى للترجى بعد تصريح المنية بقوله لحاجتهم اهـ ح (قوله من بنى هاشم) بيان لذوى القربى ،وفيه قصور لأن المراد بهم هنا بنوهاشم وبنو المطلب ، لأنه عليه الصلاة والسلام وضع سهم ذوى القربى فيهم ، وترك بنى نوفل وبنى عبد شمس مع أن قرابتهم واحدة ، لأن عبد مناف الجد الثالث للنبى صلى الله عليه وسلم له أولادهاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس بحر . والمطلب عم الجد الأول وهو عبد المطلب بن هاشم (قوله أى من الأصناف الثلاثة) وكذا الضمير فى عليهم راجع إليهم ، والضمير الثانى يغنى عن الأول ،ولكن زاده مع مافيه من الركاكة ليفيد أن ذوى القربى إذا كانوا من الأصناف الثلاثة يقدمون على من كان منهم ممن ليس من ذوى القربى ، فيتيم ذوى القربى مقدم على يتيم غيرهم ، وهكذا قال فى الدرالمنتقى : والأوضح أن يقال خمس الغنيمة والمعدن للمحتاج وذوو القربى منه أولى (قوله لجواز الخ) علة لقوله وقدم أى لأن غير ذوى القربى يحل له أخذ الصدقة لدفع حاجته بخلافهم فليس فى تقديمهم إضرار بغيرهم (قوله ولا حق لأغنيائهم عندنا) وعند الشافعى : يستوى فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر كالأنثيين لأنه لم يفرق فى الآية بين الفقير والغنى ، ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه كما قلناه بمحضر من الصحابة ، فكان إجماعا والنبى صلى الله عليه وسلم كان يعطيهم للنصرة ،لا للفقر لقوله صلى الله عليه وسلم « إنهم لم يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه » حين أعطى بنى هاشم والمطلب لأنهم قاموا معه حين أرادت قريش قتله عليه الصلاة والسلام ، ودخل بنو نوفل وعبد شمس فى عهد قريش ،

ومانقله المصنف عن البحر من أن مافى الحاوى يفيد ترجيح الصرف لأغنيائهم نظر فيه فى النهر (وذكره تعالى للتبرك) باسمه فى ابتداء الكلام إذ الكل لله (وسهمه عليه الصلاة والسلام سقط بموته) لأنه حكم علق بمشتق وهو الرسالة

ولو كان لأجل القرابة لما خصهم لأن عبد شمس ونوفلا أخوان لهاشم لأبيه وأمه والمطلب كان أخاه لأبيه فكان أقرب(١) والمراد بالنصرة كونهم معه يؤانسونه بالكلام، والمصاحبة لا بالمقاتلة، ولذا كان لنسائهم فيه نصيب ثم سقط ذلك بموته عليه الصلاة والسلام لعدم تلك العلة، وهى النصرة، فيستحقونه بالفقر زيلعى ملخصا.

وحاصله أنه كما سقط سهمه صلى الله عليه وسلم بموته عندنا سقط سهم ذوى القربى بموته أيضا لفقد علة استحقاقهم، حتى قال الطحاوى: لايستحق فقيرهم أيضا لكن الأول وهو قول الكرخى أظهر، وقد حقق فى الفتح قسمة الخلفاء الراشدين أثلاثا كما قلنا لا أخماسا كما قال الشافعى فراجعه.

[تنبيه] فى الشرنبلالية عن البدائع تعطى القرابة كفايتهم اهـ. وفيها عن الجوهرة أنه يقسم بينهم للذكر كالأنثيين.

قلت: واعترضه فى الدر المنتقى بأنهم ذكروا هذا عن الشافعى لاعندنا. قلت: على أنه ينافيه مافى البدائع (قوله وما نقله المصنف) حيث قال: وفى الحاوى القدسى، وعن أبى يوسف: الخمس يصرف إلى ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وبه نأخذ اهـ. وهذا يقتضى كما نبه عليه شيخنا يعنى صاحب البحر أن الفتوى على الصرف إلى الأقرباء الأغنياء فليحفظ اهـ (قوله نظر فيه فى النهر) حيث قال: وأقول فيه نظر بل هو ترجيح لإعطائهم، وغاية الأمر أنه سكت عن اشتراط الفقر فيهم للعلم به اهـ وأنت إذا تأملت كلام الحاوى رأيته شاهدا لما فى البحر، وهذه عبارته، وأما الخمس فيقسم ثلاثة أسهم سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم، ويقدمون ولا يدفع لأغنيائهم شىء، وعن أبى يوسف أن الخمس يصرف إلى ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وبه نأخذ اهـ. إذ لو كان كما قاله فى النهر لكانت رواية أبى يوسف عين ماقبلها فتدبر اهـ ح.

قلت: لكن أنت خبير بأن هذه رواية عن أبى يوسف: وهى خلاف المشهور عنه والمتون والشروح أيضا على خلافها فالواجب اتباع المذهب فى هذه المسألة الذى اعتنى الشراح وغيرهم بتأييد أدلته والجواب عما ينافيه فهذا أقوى ترجيح ولا يعارضه ترجيح الحاوى، ثم رأيت العلامة الشيخ إسمعيل النابلسى نبه على نحو ماقلته فى شرحه على الدرر والغرر (قوله وذكره تعالى) أى قوله تعالى — فان لله خمسه — (قوله لأنه حكم علق بمشتق وهو الرسالة) عبارة النهر وهو الرسول، فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة ولا رسول بعده اهـ أى كما لوقيل إذا لقيت عالما فأكرمه وإذا لقيت فاسقا فأهنه، فإنه علق فيه الأمر بالإكرام والإهانة على مشتق، وهو عالم وفاسق فيدل على أن مااشتق منه ذلك الوصف: أعنى العلم والفسق علة الحكم أى أكرمه لعلمه وأهنه لفسقه وبه يظهر مافى عبارة الشارح، ثم إن هذا أغلبى لما علمت من أن قوله تعالى - ولذى القربى — ليس علته القرابة عندنا بل النصرة إلا أن يقال مرادهم نفى كون العلة مجرد القرابة بل العلة قرابة خاصة مقيدة بالنصرة على الوجه المار فتدبر.

مطلب فى أن رسالته صلى الله عليه وسلم باقية بعد موته

[تنبيه] قدمنا عن الشافعى رحمه الله تعالى أن سهمه صلى الله عليه وسلم يخلفه فيه الإمام بعده أى بناء على أنه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه لإمامته، وعندنا لرسالته، ولا رسول بعده أى لايوصف بعده أحد بهذا الوصف

---

(١) قوله (فكان أقرب) هكذا بخطه ولعل الصواب فكانا أى عبد شمس ونوفل تأمل اهـ مصححه.

(كالصفى) الذى كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه (ومن دخل دارهم بإذن) الإمام (أومنعة) أى قوة (فأغار خمس) ما أخذوا لأنه غنيمة (وإلا لا) لأنه اختلاس وفى النية لو دخل أربعة خمس ولو ثلاثة لا :
قال الإمام ماأصبتم لا أخمسه فلو لهم منعة لم يجز وإلا جاز (وندب للإمام

فلذا سقط بموته بخلاف الإمامة والقيام بأمور الأمة وبهذا التقرير اندفع ماأورده المقدسى على قولهم : ولا رسول بعده من أنهم إن أرادوا أن رسالته مقصورة على حياته فممنوع إذ قد صرح فى منية المفتى بأن رسالة الرسول لاتبطل بموته ثم قال : ويمكن أن يقال إنها باقية حكما بعد موته وكان استحقاقه بحقيقة الرسالة لا بالقيام بأمور الأمة اه . ولا يخفى مافى كلامه من إيهام انقطاع حقيقتها بعده صلى الله عليه وسلم ، فقد أفاد فى الدر المنتقى أنه خلاف الإجماع :

قلت : وأما مانسب إلى الإمام الأشعرى إمام أهل السنة والجماعة من إنكار ثبوتها بعد الموت ، فهو افتراء وبهتان والمصرح به فى كتبه وكتب أصحابه خلاف مانسب إليه بعض أعدائه لأن الأنبياء عليهم الصلاة والسلام أحياء فى قبورهم وقد أقام النكير على افتراء ذلك الإمام العارف أبو القاسم القشيرى فى كتابه : شكاية السنة ، وكذا غيره كما بسط ذلك الإمام ابن السبكى فى طبقاته الكبرى فى ترجمة الإمام الأشعرى (قوله كالصفى) بفتح الصاد وكسر الفاء والياء المشددة نهر أى كما سقط الصفى بموته صلى الله عليه وسلم (قوله يصطفيه لنفسه) أى قبل قسمة الغنيمة ، وإخراج الخمس نهر كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين قتله على رضى الله تعالى عنه وكما اصطفى صفية بنت حيى بن أخطب من غنيمة خيبر رواه أبو داود فى سننه والحاكم فتح وفى الشرنبلالية قال فى طلبة الطلبة : وكان النبى صلى الله عليه وسلم لايستأثر بالصفى زيادة على سهمه (قوله ومن دخل دارهم بإذن الإمام) ولو واحدا من أهل الذمة ط عن الشلبى (قوله أو منعة) فى المصباح هو فى منعه بفتح النون أى فى عز قومه ، فلا يقدر عليه من يريده قال الزمخشرى :وهى مصدر مثل الأنفة والعظمة أو جمع مانع وهم العشيرة والحماة وقد تسكن فى الشعر لاغير خلافا لمن أجازه مطلقا (قوله خمس) أى يأخذ الإمام خمسه والباقى لهم قال فى الفتح : لأن على الإمام أن ينصرهم حيث أذن لهم كما أن عليه أن ينصر الجماعة الذين لهم منعة إذا دخلوا بغير إذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الإمام متلصصين فكان المأخوذ قهرا غنيمة (قوله ما أخذوا) بضمير الجمع مر إعادة لمعنى من كما روعى لفظها فى قوله فأغار (قوله وإلا لا) أى وإن لم يدخلوا بإذن الإمام ولم يكونوا ذوى منعة بأن دخلوا بلا إذنه وهم ثلاثة فأقل كما أفاده فى الفتح : قال وعن أبى يوسف أنه قدر الجماعة التى لامنعة لها بسبعة ، والتى لها منعة بعشرة (قوله لأنه اختلاس) من خلست الشىء خلسا من باب ضرب اختطفته بسرعة على غفلة مصباح (قوله وفى المنية الخ) أفاد به تقدير المنعة (قوله وإلا جاز) لأن الخمس فى الثانى واجب بقول الإمام ، فله أن يبطله بقوله بخلافه فى الأول ، ولذا لو دخلوا بغير إذنه خمس ما أخذوه بحر عن المحيط :

وحاصله : أنهم إذا لم يكن لهم منعة لايجب الخمس إلا إذا أذن فيكون قد وجب بسبب قوله : فله أن يبطله بخلاف ماإذا كانت لهم منعة فإنه يجب ، وإن لم يأذن لهم فلم يجب بقوله فليس له إبطاله وفى النهر عن التاترخانية : لو كان بعضهم بإذنه وبعضهم بلا إذنه ولا منعة لهم فالحكم فى كل واحد منهم حالة الاجتماع كما فى حالة الانفراد وإن كان لهم منعة يجب الخمس اه (قوله وندب للإمام) وكذا لأمير السرية إلا إذا نهاه الإمام فليس له ذلك إلا برضا العسكر فيجوز من الأربعة الأخماس بحر :

أن ينفل وقت القتال حثا) وتحريضا فيقول من قتل قتيلا فله سلبه سماه قتيلا لقربه منه (أو يقول

مطلب فى التنفيل

(قوله أن ينفل) التنفيل : إعطاء الإمام الفارس فوق سهمه وهو من النفل ، ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال لولد الولد كذلك ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان فتح (قوله وقت القتال) قيد به القدورى ، ولابد منه لأنه بعده لايملكه الإمام ، وقيل : ماداموا فى دار الحرب يملكه كذا فى السراج ؛ وقد يؤيد هذا القيل أن قوله صلى الله عليه وسلم « من قتل قتيلا فله سلبه » إنما كان بعد الفراغ من حنين ، ولم أر جوازه قبل المقاتلة نهر .

قلت : وفيه نظر لأن المنقول أن ذلك كان عند الهزيمة تحريضا للمسلمين ، على الرجوع إلى القتال وفى القهستانى : إن فى قوله : وقت القتال إشارة إلى أنه يجوز التنفيل قبله بالأولى وإلى أنه لايجوز بعده لكن بعد القسمة لأنه استقر فيه حق الغانمين اه ففيه التصريح بجوازه قبله وعزاه ح إلى المحيط وقوله : لكن بعد القسمة الظاهر أنه مبنى على القيل المار عن السراج ، ويؤيده قول المتون : وينفل بعد الإحراز من الخمس فقط ، فإن مفهومه أنه قبل الإحراز بدارنا يجوز من الكل ، لكن الظاهر أن هذا المفهوم غير معتبر ، لأنه وقع التصريح بخلافه ، فى المنبع عن الذخيرة : لاخلاف أن التنفيل قبل الإصابة ، وإحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أوزارها جائز ، ويوم الهزيمة ، ويوم الفتح لايجوز لأن القصد به التحريض على القتال ولا حاجة إليه إذا انهزم العدو ، وأما بعد الإحراز فلايجوز إلا من الخمس إذا كان محتاجا اه ملخصا . وفى متن الملتقى ، ومتن المختار وللإمام : أن ينفل قبل إحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب أوزارها فقولهم : وقبل أن تضع الحرب أوزارها فائدته دفع توهم الجواز بعد انتهاء الحرب لأن قولهم قبل إحراز الغنيمة يشمل مابعد الإصابة : أى إصابة العسكر الغنيمة بالهزيمة وانتهاء الحرب مع أنه غير مراد كما بينه عطف هذه الجملة . وفى الفتح التنفيل إنما يجوز عندنا قبل الإصابة ، فقد ظهر ضعف مافى السراج مع أن صاحب السراج ، لم يعول عليه فى مختصره الجوهرة حيث قال : عن الخجندى التنفيل : إما أن يكون قبل الفراغ من القتال أو بعده ، فإن كان بعده لايملكه الإمام ، لأنه إنما جاز لأجل التحريض على القتال وبعد الفراغ منه لاتحريض اه .

قلت : وكل ماورد من التنفل بعد القتال فهو محمول عندنا على أنه من الخمس كما بسطه السرخسى .

مطلب الاقتباس من القرآن جائز عندنا

[تنبيه] قولهم أن تضع الحرب أوزارها اقتباس من القرآن ، وبه يستدل على جوازه عندنا كما بسطه الشارح فى الدر المنتقى فراجعه (قوله وتحريضا) أى ترغيبا فى القتال .

مطلب فى قولهم اسم الفاعل حقيقة فى الحال

(قوله سماه قتيلا لقربه منه) أى من القتل ففيه مجاز الأول مثل أعصر خمرا لكن قال الزركشى قولهم : اسم الفاعل حقيقة فى الحال أى حال التلبس بالفعل لاحال النطق فإن حقيقة الضارب والمضروب لا تتقدم على الضرب ولا تتأخر عنه ، فهما معه فى زمن واحد ومن هذا ظهر أن قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلا فله سلبه » أن قتيلا حقيقة ، وأن ماذكروه من أنه سمى قتيلا باعتبار مشارفته للقتل لاتحقيق فيه اه . وصرح القرافى فى شرح التنقيح ، بأن المشتق إنما يكون حقيقة فى الحال مجازا فى الاستقبال مختلفا فيه فى الماضى إذا كان محكوما

من أخذ شيئا فهو له) وقد يكون بدفع مال وترغيب مآل فالتحريض نفسه واجب للأمر به واختيار لاداعى للمقصود مندوب ولا يخالفه تعبير القدورى أى بلا بأس لأنه ليس مطردا لما تركه أولى بل يستعمل فى المندوب أيضا قاله المصنف ، ولذا عبر فى المبسوط بالاستحباب (ويستحق الامام لو قال من قتل قتيلا فله سلبه إذا قتل هو) استحسانا (بخلاف) مالو قال منكم أو قال (من قتلته أنا فلى سلبه) فلا يستحقه إلا إذا عمم بعده ظهيرية ويستحقه مستحق سهم أو رضخ فعم الذمى وغيره (وذا) أى التنفيل

به أما إذا كان متعلق الحكم كما هنا فهو حقيقة مطلقا ، يعنى سواء كان بمعنى الحال أو الاستقبال أو الماضى إجماعا وحينئذ ، فلا مجاز أبو السعود عن الحموى وقوله : إذا كان محكوما به كقولك : زيد قائم فإنه حكم به على زيد ، بخلاف جاء القائم فإنه جعل متعلق الحكم بالمجىء فى الأول لابد من أن يكون متصفا بالقيام حال النطق ، حتى يصح الحكم عليه بالصفة وإلا كان مجازا بخلاف الثانى فإن قولك : جاء القائم غدا حكم بالمجىء على ذات القائم غدا أى على من يسمى قائما غدا أى حال التلبس بالصفة ومنه من قتل قتيلا أى شخصا يسمى قتيلا عند تحقق القتل فيه فافهم (قوله أو يقول من أخذ شيئا فهو له) هذا الفرع منقول فى حواشى الهداية وللكمال فيه كلام سنذكره مع جوابه عند قول الشارح وجاز التنفيل بالكل (قوله وقد يكون بدفع مال) كأن يقول له خذ هذه المائة واقتل هذا الكافر تأمل ولم أره (قوله وترغيب مآل) الظاهر أنه بهمزة ممدودة والإضافة على معنى فى : أى ترغيب فى المآل مثل : إن قتلت قتيلا فلك ألف درهم ، لكن يشترط أن لا يصرح بالأجر كما سنذكره قريبا (قوله فالتحريض الخ) جواب عما يورد على قوله : وندب للإمام الخ .

وحاصله : أن التحريض الواجب قد يكون بالترغيب فى ثواب الآخرة أو فى التنفيل ، فهو واجب مخير ، وإذا كان التنفيل أدعى لحصال إلى المقصود يكون هو الأولى ، فصار المندوب اختيار إسقاط الواجب به لا هو فى نفسه بل هو واجب مخير فتح ملخصا ، وفيه رد لقول العناية إن الأمر فى الآية مصروف عن الوجوب لقرينة (قوله ولا يخالفه) أى لا يخالف قول المصنف وندب .

مطلب كلمة لا بأس قد تستعمل فى المندوب

(قوله بل يستعمل فى المندوب) يظهر لى أن محله فى موضع يتوهم فيه البأس أى الشدة كما هنا فإن فيه تخصيص الفارس بزيادة مع قطع الخمس بل استعمل نظيره فى القرآن فى الواجب كما فى قوله تعالى ـ فلا جناح عليه أن يطوف بهما ـ فنفى الجناح لما كانوا يعتقدونه من حرمة السعى بين الصفا والمروة (قوله قاله المصنف) أى تبعا للفتح وغيره (قوله ولذا) أى لكونه مندوبا لا خلاف الأولى (قوله استحسانا) والقياس عدمه لأن غيره يستحق بإيجابه وهو لا يملك الإيجاب لنفسه ، كالقاضى لا يملك القضاء لنفسه وجه الاستحسان أنه أوجب النفل للجيش وهو واحد منهم (قوله فلا يستحقه) لأنه فى الأول خصهم بقوله منكم ؛ فلا يتناوله الكلام ، وفى الثانى هو متهم بتخصيصه نفسه (قوله إلا إذا عمم بعده) أى إذا قال : إن قتلت قتيلا فلى سلبه ولم يقتل أحدا حتى قال : ومن قتل منكم قتيلا فله سلبه فقتل الأمير قتيلا استحقه لأن التنفيل صار عاما باعتبار كلاميه ولا فرق بين كونه بكلامين ، أو بكلام واحد لأن الأول لم يصح للتهمة بالتخصيص وقد زالت بالثانى أفاده السرخسى .

وحاصله : أن التعميم حصل بمجموع الكلامين لا بالثانى فقط فافهم (قوله ويستحقه) أى السلب (قوله وغيره) كالتاجر والمرأة والعبد بحر (قوله أى التنفيل) أى تنفيل الإمام بقوله : من قتل قتيلا إنما يكون فى مباح القتل : أى وإن كان لفظ قتيلا نكرة لكنه مقيد بمن يباح قتله ، فيدخل فيه أجير لهم وتاجر منهم وعبد يخدم

(إنما يكون فى مباح القتل فلا يستحقه بقتل امرأة ومجنون ونحوهما ممن لم يقاتل وسماع القاتل مقالة الإمام ليس بشرط) فى استحقاقه مانفله إذ ليس فى الوسع إسماع الكل ، ويعم كل قتال فى تلك السنة مالم يرجعوا وإن مات الوالى أو عزل مالم يمنعه الثانى نهر ، وكذا يعم كل قتيل ، لأنه نكرة فى سياق الشرط وهو من بخلاف إن قتلت قتيلا ولو قال إن قتلت ذلك الفارس فلك كذا لم يصح ، وإن قطعت رأس أولئك القتلى فلك كذا صح

مولاه ومرتد أو ذمى لحق بهم ومريض أو مجروح ، وإن لم يستطع القتال وشيخ فان له رأى أو يرجى نسله لأن قتله مباح . نعم لو قتل مسلما كان يقاتل فى صفهم لم يكن له سلبه لأنه وإن كان مباح الدم لكن سلبه ليس بغنيمة كأهل البغى إلا إذا كان سلبه للمشركين أعاروه إياه سرخسى وماذكره فى الدر المنتقى عن البرجندى عن الظهيرية من أنه يستحق الساب بقتل من لم يقاتل استحسانا لم أره فى الظهيرية بل الذى فيها عدم الاستحقاق كما عزاه إليها القهستانى فافهم (قوله ممن لم يقاتل) حتى لو قاتل الصبى فله سلبه ، لأنه مباح الدم وكذا المرأة كما فى شرح السير (قوله ويعم كل قتال فى تلك السنة) الأولى السفرة كما عبر فى البحر والنهر ، وفى شرح السير لو نفل فى دار الحرب قبل القتال يبقى حكمه إلى أن يخرجوا من دار الحرب حتى لو رأى مسلم مشركا نائما فقتله فله سلبه ، كما لو قتله فى الصف أو بعد الهزيمة أما لو نفل بعد مااصطفوا للقتال فهو على ذلك القتال حتى ينقضى ولو بقى أياما (قوله وإن مات الوالى أو عزل) فى شرح السير لو جاء مع المدد أمير وعزل الأمير الأول بطل تنفيله ، فيما يستقبل لزوال ولايته بالعزل ، أما لو لم يتقدم أمير بل مات أميرهم فأمر عليهم غيره لم يبطل حكم تنفيل الأول لأن الثانى قائم مقامه إلا إذا أبطله الثانى أو كان الخليفة قال لهم إن مات أميركم فأميركم فلان فيبطل تنفيل الأول ، لأن الثانى نائب الخليفة بتقليده من جهته ، فكأنه قلده ابتداء ، فينقطع حكم رأى الأول برأى فوقه اه ملخصا .

وحاصله : بطلانه بالعزل وكذا بالموت إذا نصب غيره بعده من جهة الخليفة لامن جهتهم وهو خلاف مافى الشرح تبعا للبحر والنهر (قوله لأنه نكرة فى سياق الشرط) فيه أن النكرة فى سياق الشرط إنما تعم فى اليمين المثبت لأن الحلف على نفيه دون المنفى كإن لم أكلم رجلا لأنه على الإثبات كأنه قال لأكلمن رجلا كما فى التحرير ح .

قلت : ذكر فى التحرير أيضا أنه قد يظهر عموم النكرة من المقام وغيره كعلمت نفس وتمرة خير من جرادة وأكرم كل رجل اه وهنا كذلك كما يأتى تلوه فافهم (قوله بخلاف إن قتلت قتيلا) أى فقتل المخاطب قتيلين مثلا لايعم الكل بل له سلب الأول فقط استحسانا والقياس أنه كالأول لأنه علق استحقاقه بشرط يتكرر فلا ينتهى بقتل الأول وجه الاستحسان أنه فى الأول لما لم يعين إنسانا بعينه ، فقد خرج الكلام منه عاما ألا ترى أنه يتناول جميع المخاطبين ، فكما يعم جماعتهم يعم جماعة المقتولين ، وحقيقة معنى الفرق أن مقصود الإمام من تحريضهم المبالغة فى النكاية فى المشركين ، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون القاتل للعشرة مثلا عشرة من المسلمين أو واحدا منهم ، وأما الثانى فالمقصود فيه معرفة جلادة ذلك الرجل ، وذلك يتم بدون إثبات العموم فى المقتولين اه ملخصا من شرح السير الكبير . وقد خطر لى هذا الفرق قبل رؤيته ولله تعالى الحمد .

وحاصله : يرجع إلى أن العموم فى أحدهما استفيد من قرينة المقام كما نبهنا عليه آنفا فافهم (قوله ولو قال إن قتلت ذلك الفارس الخ) أقول : هذا إذا صرح بكونه أجرا وإلا فهو تنفيل لما فى السير الكبير للسرخسى ، ولو قال الأمير لمسلم حر أو عبد إن قتلت ذلك الفارس من المشركين ، فلك على أجر مائة دينار ، فقتله لم يكن له أجر لأنه لما صرح بالأجر لا يمكن حمل كلامه على التنفيل ، والاستئجار على الجهاد لايجوز وإن قال ذلك لذمى فكذلك عندهما ، وعند محمد جاز وأصل جواز الاستئجار على القتل عنده لاعندهما ، لأنه إزهاق الروح ، وليس

(ولو نفل السرية) هي قطعة من الجيش من أربعة إلى أربعمائة مأخوذة من السرى وهو المشي ليلا درر (الربع وسمع العسكر دونها فلهم النفل) استحسانا ظهيرية ،وجاز التنفيل بالكل أو بقدر منه لسرية لا لعسكر والفرق فى الدرر

من عمله ولو كان الأسرى قتلى فقال من قطع رءوسهم فله أجر عشرة دراهم ، ففعل ذلك مسلم أو ذمى استحقه ، لأن ذلك ليس من عمل الجهاد ، ولو أراد قتل الأسرى فاستأجر عليه مسلما أو ذميا فهو على الخلاف اه ملخصا. وهذا صريح بأنه لو لم يصرح بالاستئجار يكون تنفيلا ، ويشهد له فروع كثيرة فى السير الكبير أيضا منها من جاء بألف درهم ، فله ألفان ، فجاء رجل بألف لم يكن له غيرها ، بخلاف من جاء بأسير فهو له وخمسمائة درهم فإنه يعطى ذلك ، لأن المقصود هنا نكاية العدو ، وفيما قبله لا مقصود إلا المال ، ولو قال : من قتل الملك فله عشرة آلاف دينار صح ، وإن لم يحصل بقتله مال قال حين اصطفوا للقتال : من جاء برأس فله مائة دينار فهو على رأس الرجال دون السبى لأن المقصود فى هذه الحالة التحريض على القتال اه فنى هذه الفروع ذكر مال معلوم وقد جعل تنفيلا لا إجارة لعدم التصريح بها ، فقد ظهر أن ماذكره الشارح تبعا للنهر عن المنية ، وكذا مانقله ح عن قاضيخان ، ليس على إطلاقه وأما القول بأن الاستئجار على الطاعات جائز عند المتأخرين، ففيه أنهم أجازوه فى مسائل خاصة للضرورة ، وليس الجهاد منها ولا يصح حمل كلامهم على كل عبادة كما نبهنا عليه سابقا فافهم (قوله ولو نفل السرية الخ) من فروع قوله وسماع القاتل الخ (قوله هى قطعة من الجيش الخ) قد علمت مافيه قبل هذا الباب (قوله الربع) أى ربع الغنيمة أى بأن جعل لهم ربعها يأخذونه دون بقية العسكر زيادة على سهامهم (قوله فلهم النفل) أى للسرية والأولى أن يقول فلها لئلا يتوهم عود الضمير على العسكر (قوله استحسانا) والقياس أنه لا نفل لهم لأن المقصود التحريض، ولا يحصل إذا لم يسمعه أحد منهم ،وتكلم الأمير بذلك فى عسكره كتكلمه ليلا مع عياله وجه الاستحسان أن مايتكلم به فى عسكره يفشوا عادة وأن عادة الملوك التكلم بين خواصهم وتمامه فى شرح السير.

مطلب مهم فى التنفيل العام بالكل أو بقدر منه

(قوله وجاز التنفيل بالكل) بأن يقول للسرية ماأصبتم فهو لكم سوية بينكم (قوله أو بقدر منه) بأن يقول : ماأصبتم فلكم ثلثه سوية بينكم بعد الخمس أو يقول قبل الخمس :أى لكم ثلثه بعد إخراج الخمس أو قبل إخراجه أى ثلث الأربعة الأخماس أو ثلث الكل (قوله والفرق فى الدرر) أى الفرق بين جواز التنفيل المذكور للسرية ، وعدم جوازه للعسكر ، لكنه لم يذكر فى الدرر فى الفرق إلا التنفيل بالكل ، لأنه يعلم منه الفرق فى التنفيل بقدر منه ، وعبارة الدرر هكذا فى النهاية عن السير الكبير : أن الإمام إذا قال لأهل العسكر جميعا ما أصبتم فلكم نفلا بالسوية بعد الخمس ، فهذا لايجوز وكذا إذا قال ماأصبتم ، فلكم ولم يقل بعد الخمس فإن فعله مع السرية جاز وذلك أن المقصود من التنفيل التحريض على القتال وإنما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشىء وفى التعميم إبطال تفضيل الفارس على الراجل وإبطال الخمس أيضا إذا لم يستثن اه.

قلت : وما ذكره من صحته للسرية صرح به فى الهداية والاختيار والزيلعى : لكن نقل فى البحر عن الكمال التسوية بين العسكر والسرية فى عدم الصحة حيث قال : لو قال للعسكر كل ماأخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لأن فيه إبطال السهمين اللذين أوجبهما الشرع ، إذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ماأصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس ، لأن فيه إبطال الخمس الثابت بالنص ذكره فى السير الكبير قال الكمال : وهذا بعينه يبطل ماذكرناه من قوله من أصاب شيئا فهو له لاتحاد اللازم فيهما ، وهو بطلان السهمين المنصوصين

. . . .

بالتسوية ، بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا أصلا بانتهائه فهو أولى بالبطلان ، والفرع المذكور من الحواشي وبه أيضا ينتفي ماذكر أي صاحب الهداية من قوله إنه لو نفل بجميع المأخوذ جاز إذا رأى المصلحة وفيه زيادة إيحاش الباقين وزيادة الفتنة اه وتبعه في النهر .

أقول وبالله سبحانه وتعالى التوفيق : لا تنافي بين مانقله الجماعة وما نقله الكمال بحمل الأول على السرية المبعوثة من دار الحرب ، والثاني على المبعوثة من دار الإسلام ، وبه يندفع ماأورده الكمال على الفرع المنقول عن الحواشي وغيره ، كما يعلم مما ذكره الإمام السرخسي في السير الكبير في مواضع متفرقة منه .

وحاصله : أن السرية إن كانت مبعوثة من دار الحرب بأن دخل الإمام مع الجيش ثم بعث سرية ونفل لهم ما أصابوا جاز لأنهم قبل التنفيل لايختصمون بما أصابوا ، وهذا التنفيل للتخصيص على وجه التحريض ، وإن كانت السرية مبعوثة من دار الإسلام لم يكن له ذلك وكذا لو نفل لهم الثلث بعد الخمس ، أو قبل الخمس كان باطلا ، لأنه ماخص بعضهم بالتنفيل ، وليس مقصوده إلا إبطال الخمس أو إبطال تفضيل الفارس على الراجل فلا يجوز كما لو قال : لاخمس عليكم فيما أصبتم أو الفارس والراجل سواء فيما أصبتم فإنه يكون باطلا فكذا كل تنفيل لايفيد إلا ذلك باطل ، بخلاف قوله : من قتل قتيلا فله سلبه ، ومن أصاب منكم شيئا فهو له دون باقي أصحابه فإنه يجوز لأن فيه معنى التخصيص للتحريض ، لأن القاتل يختص بالنفل ، دون باقي أصحابه ، وهذا وإن كان فيه إبطال الخمس عن الأسلاب ، لكن المقصود منه التحريض ، وتخصيص القاتلين بإبطال شركة العسكر عن الأسلاب ثم يثبت إبطال الخمس عنها تبعا وقد يثبت تبعا مالا يثبت قصدا كالشرب والطريق في البيع والوقف في المنقول يثبت تبعا للعقار ، وإن كان لايثبت قصدا ، ويوضحه أن الإمام لو ظهر على بلدة له أن يجعلها خراجا ، ويبطل منها سهام من أصابها ، والخمس ولو أراد قسمتها بين الغانمين ، ويجعل حصة الخمس خراجا للمقاتلة الأغنياء لم يكن له ذلك لأنه إبطال الخمس مقصودا ، فلا يجوز وفي الأول يثبت إبطاله تبعا لإبطال حق الغانمين في الغنيمة فيجوز وإن كان في الموضعين تخلص المنفعة للمقاتلة اه ملخصا من مواضعه .

والذي تحرر منه ومما مر : أن تنفيل كل العسكر بكل المأخوذ أو ثلثه مثلا بعد إخراج الخمس أو قبله لايصح وكذا تنفيل السرية المبعوثة من دارنا لأنها بمنزلة العسكر ، والتنفيل هو تخصيص بعض المقاتلين بزيادة للتحريض ، وهذا ليس كذلك ، لأنه جعل كل المأخوذ أو ثلثه بين كل المقاتلين سوية بينهم ، فصار المقصود منه إبطال التفاوت بين الفارس والراجل وإبطال الخمس أيضا إن لم يستثنه بأن لم يقل بعد الخمس وإبطال ذلك مقصودا لايصح بخلاف السرية المبعوثة من الجيش في دار الحرب لأن معنى التنفيل موجود فيها لأن المراد تمييزها من بين العسكر بجميع المأخوذ أو بثلثه مثلا لأجل تحريضها على القتال ، وإن لزم منه إبطال التفاوت ، والخمس لكونه ضمنا لاقصدا فصار بمنزلة قوله للعسكر : من قتل منكم قتيلا فله سلبه فإنه تخصيص للبعض منهم ، وهو القاتل بزيادة على الباقي وإن لزم منه ماذكر بخلاف قوله لكل العسكر ماأصبتم فهو لكم لأنه بمنزلة قوله ذلك للسرية المبعوثة من دار الإسلام ، لعدم المشارك لها فليس فيه تخصيص بعض دون بعض ، فلا يصح كما قررناه ، وبهذا التقرير ظهر صحة الفرع المنقول من حواشي الهداية وهو من أصاب شيئا فهو له لأنه تخصيص للمصيب بما أصابه ، فهو بمنزلة قوله من قتل قتيلا فله سلبه ، بخلاف قوله ما أصبتم فهو لكم ، أو كل ما أخذتم ، فهو لكم بالسوية ، لأنه تشريك محض بجميع المأخوذ بين جميع العسكر أو السرية ، لأن معناه قسمة جميع ما يأخذه كل واحد بينهم سوية ، فصار المقصود منه

(ولا ينفل بعد الإحراز هنا) أى بدارنا (إلا من الخمس) لجوازه لصنف واحد كما مر (وسلبه مامعه من مركبه وثيابه وسلاحه) وكذا ما على مركبه لاما على دابة أخرى :

(و) التنفيل (حكمه قطع حق الباقين لا الملك قبل الإحراز بدار الإسلام فلو قال الإمام من أصاب جارية فهى له فأصابها مسلم فاستبرأها لم يحل له وطؤها ولا بيعها) كما لو أخذها المتلصص ثمة واستبرأها لم تحل له إجماعا :

(والسلب للكل إن لم ينفل) لحديث « ليس لك من سلب قتيلك إلا ماطابت به نفس إمامك » فحملنا حديث السلب على التنفيل :

قلت : وفى معروضات المفتى أبى السعود هل يحل وطء الإمام المشتراة من الغزاة الآن حيث وقع الاشتباه فى قسمتهم بالوجه المشروع ؟ فأجاب : لاتوجد فى زماننا قسمة شرعية لكن فى سنة ٩٤٨ وقع التنفيل الكلى

إبطال التفاوت ، والخمس لايصح إبطال ذلك قصدا كما علمت ، وكذا ظهر صحة قوله لو نفل بجميع المأخوذ جاز أى بأن قال من أصاب شيئا فهو له بخلاف ما أصبتم فهو لكم لما علمت من أنه تشريك لاتخصيص ، ولايرد عليه قوله إن فيه إبطال السهمين أى التفاوت بين الفارس والراجل ، وكذا إبطال الخمس لما علمت من أن ذلك جائز إذا كان ضمنا لاقصدا ، وهنا حيث وجد تخصيص كل آخذ بما أخذه للتحريض ، فقد تحقق معنى التنفيل وإن لزم منه حرمان من لم يصب شيئا فاغتنم تحقيق هذا المحل فإنه من فيض المولى عز وجل (قوله ولاينفل بعد الإحراز هنا) وكذا قبل الإحراز بعد الإصابة ، كما أوضحناه عند قوله وندب للإمام أن ينفل وقت القتال (قوله لجوازه لصنف واحد) أشار به إلى أنه يشترط أن يكون التنفيل المذكور لأحد الأصناف الثلاثة ، فلا يجوز لغنى كما صرح به الزيلعى والقهستانى وغيرهما ، ومابحثه فى البحر رده فى النهر وغيره (قوله وسلبه) بفتحتين بمعنى المسلوب والجمع أسلاب (قوله مامعه من مركبه وثيابه) ومن ذهب وفضة فى حقيبته أو وسطه ، وخاتم وسوار ومنطقة فى الصحيح نهر عن الحقائق (قوله لاما على دابة أخرى) ولا ماكان مع غلامه أو فى خيمته نهر (قوله حكمه قطع حق الباقين) أى باقى الغانمين ، وحينئذ فلا خمس فيما أصابه لأحد ويورث عنه ، ولو مات بدار الحرب شرنبلالية فليحفظ در منتقى .

قلت : ومن حكمه قطع التفاوت أيضا فيستوى فيه الفارس والراجل كما قدمنا عن شرح السير (قوله لا الملك قبل الإحراز) هذا عندهما وعند محمد يثبت ووجوب الضمان بالإتلاف هداية وغيرها . قلت : والظاهر أن المراد بنفى ثبوت الملك عندهما نفى تمامه ، وإلا فكيف يورث مال لم يملكه مورثه ، ولم أر من نبه عليه در منتقى (قوله لم يحل له وطؤها ولا بيعها) أى قبل الإحراز خلافا لمحمد كما مر (قوله لم تحل له إجماعا) أى حتى يخرجها ثم يستبرئها ط عن الشلبى (قوله والسلب للكل) أى لكل الجند إن لم ينفل الإمام به للقاتل وخصه الشافعى رحمه الله بالقاتل در منتقى (قوله لحديث الخ) ذكر فى الفتح أن الحديث ضعيف ، ولا يضر ضعفه لأنا نستأنس به لأحد محتملى حديث السلب أى قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتيلا فله سلبه » بحمله على التنفيل وليس كل ضعيف باطلا ، وقد تظافرت أحاديث ضعيفة تفيد أن حديث السلب ليس نصبا (١) عاما مستمرا والضعيف إذا تعددت طرقه يرتقى إلى الحسن ، فيغلب الظن بأنه تنفيل وتمام تحقيق المقام فيه (قوله حيث وقع الاشتباه فى قسمتهم) الأولى فى قسمتهن بضمير النسوة لعوده إلى الإماء إلا أن يقال إنه عائد إلى الغزاة وفيه بعدثم الواقع الآن أنه لاتقسم غنيمة أصلا كما ذكره فى الجواب (قوله وقع التنفيل الكلى) أى بقول السلطان كل من

---

(١) قوله (نصبا) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ولعل الصواب (نصا) اه مصححه .

فبعد إعطاء الخمس لاتبقى شبهة ابتداء انتهى فليحفظ والله أعلم .

أخذ شيئا فهو له أما لوقال كل ماأصبتم فهو لكم ، فإنه لايصح كما مر ، والمراد وقوعه لأى عسكر كان فى أى غزوة كانت وإلا خالفه ما مر من أنه يعم كل قتال فى تلك السنة مالم يرجعوا لكن يبقى النظر فيما بعد موت السلطان المنفل على هذا الوجه أوبعد عزله وتولية غيره هل يبقى تنفيل الأول العام أم لا ويتعين عدمه مالم ينفل الثانى مثله وهكذا إلى وقتنا هذا فقد ذكر فى الخيرية أن أمر السلطان لايبقى بعد موته ، وماقيل من أن كل سلطان من سلاطين آل عثمان نصرهم الله تعالى ، يؤخذ عليه عهدمن قبله لاينفع كما أوضحت ذلك فى كتابى تنبيه الولاة والحكام على شاتم خير الأنام .

مطلب فى حكم الغنيمة المأخوذة بلا قسمة في زماننا

(قوله فبعد إعطاء الخمس لا تبقى شبهة) قد علم مما قدمناه قريبا عند قوله وجاز التنفيل بالكل ، أنه لايلزم إعطاء الخمس فى التنفيل العام المقصود منه التخصيص دون التشريك كما لايلزم فيه تفاوت الفارس والراجل لسقوط ذلك ضمنا لاقصدا على أن الواقع فى زماننا عدم القسمة ، وعدم إعطاء الخمس فكيف تنتفى الشبهة على فرض لزوم الخمس ، بل الشبهة باقية من حيث أنا لانعلم أن سلطان زماننا هل نفل تنفيلا عاما أم لا ، ولا يقال إن عدم القسمة اليوم دليل على وجود التنفيل ، لأن جيوش زماننا يأخذون ماتصل إليه أيديهم سلبا ونهبة ، حتى من بلاد الإسلام ولو ظهر مالكه المسلم لايدفعه إليه إلا بثمنه فليس فى حالهم مايقتضى حملهم على الكمال ، وكذا حكام هذا الزمان ، وأمراء الجيوش لاينفلون ولايقسمون ، ولايخمسون ، فالظاهر أن مايؤخذ من الغنائم اليوم حكمه حكم الغلول ، وقد ذكر فى شرح السير الكبير أن الغال إذا ندم وأتى بما غله إلى الإمام بعد تفرق الجيش ، فإن شاء رده عليه وأمره بصرفه إلى مستحقيه ، وإن شاء أخذه منه ودفع خمسه لمستحقه ويكون الباقى كاللقطة فإن لم يقدر على أهله (١) تصدق به أو جعله موقوفا فى بيت المال وكتب عليه أمره ، وإن لم يأت به الغال إلى الإمام إن لم يقدر على رده إلى أهله فالمستحب له أن يتصدق به ، وإن قدر فالحكم فيه كاللقطة ودفعه إلى الإمام أحب كما فى اللقطة فيعطى الخمس منه لأهله ، وذكر أيضا أن بيع الغازى سهمه قبل القسمة باطل كإعتاقه .

مطلب فى وطء السرارى فى زماننا

وفى حاوى الزاهدى : اشترى جارية مأسورة لم يؤد منها الخمس من الأمير ينفذ ، ويحل وطؤها ، وإن اشتراها ممن وقعت فى سهمه نفذ فى أربعة أخماسها ولا يحل له وطؤها اهـ أى إذا قسمت ولم تخمس ، وإنما حل فى بيع الأمير بناء على أن له البيع قبل الإحراز كما مر ، ويكون الخمس حينئذ واجبا فى الثمن لافيها فيحل وطؤها فإذا لم يوجد تنفيل ، ولا قسمة ولاشراء من أمير الجيش ، لايحل الوطء بوجه أصلا ، لكن لا نحكم على كل جارية بعينها من الغنيمة بأنها لم يوجد فيها شيء من ذلك ، لاحتمال أن من أخذها اشتراها من الأمير فارتفع تيقن الحرمة ، وبقيت الشبهة القوية فإن الظاهر من حال الجيوش فى زماننا عدم الشراء ، ولا ترتفع الشبهة بعقده عليها لأنها حيث كانت مشتركة بين الغانمين وأصحاب الخمس لم يصح تزويجها نفسها ، فالأحوط مانقله بعض الشافعية عن بعض أهل الورع : أنه كان إذا أراد التسرى بجارية شراها ثانيا من وكيل بيت المال .

قلت : أى لأنه إذا حصل اليأس من معرفة مستحقها من الغانمين صارت بمنزلة اللقطة واللقطة من مصارف بيت المال ، لكن إذا كان المشترى فقيرا له تملكها .

---

(١) قوله (فإن لم يقدر على أهله الخ) هكذا بخطه ، ولعله سقط من قلمه شىء والأصل فإن لم يقدر على رده إلى أهله الخ اهـ مصححه .

باب إستيلاء الكفار

على بعضهم بعضا أو على أموالنا

(إذا سبى كافر كافرا) آخر (بدار الحرب وأخذ ماله ملكه)

مطلب فيمن له حق فى بيت المال وظفر بشىء من بيت المال

ونقل فى القنية عن الإمام الوبرى أن من له حظ فى بيت المال ظفر بماله وجه لبيت المال فله أن يأخذه ديانة اهـ ونظمه فى الوهبانية وفى البزازية قال الإمام الحلوانى : إذا كان عنده وديعة فمات المودع بلا وارث له أن يصرف الوديعة إلى نفسه فى زماننا لأنه لو أعطاها لبيت المال لضاعت ، لأنهم لا يصرفونه مصارفه ، فإذا كان من أهله صرفه إلى نفسه وإلا صرفه إلى المصرف اهـ :

وقدم الشارح هذا فى باب العشر من كتاب الزكاة وظاهره أن من له حظ فى بيت المال بكونه فقيرا أو عالما أو نحو ذلك ، ووجد مامرجعه إلى بيت المال من أى بيت من البيوت الأربعة الآتية فى آخر الجزية له أخذه ديانة بطريق الظفر فى زماننا ، ولا يتقيد أخذه بأن يكون مرجع المأخوذ إلى البيت الذى يستحق منه ، وإلا فمصرف تركه بلا وارث ولقطة هو لقيط فقير وفقير لا ولى له وقوله : فإذا كان من أهله أى من أهل بيت المال غير مقيد بكونه من أهل ذلك البيت ، كما هو ظاهر كلام الوبرى أيضا لأنه لو تقيد بذلك ، لزم أن لا يأخذ مستحق شيئا لأن بيت المال فى زماننا غير منتظم ، وليس فيه بيوت مرتبة ، ولو رد ماوجده إلى بيت المال لزم ضياعه لعدم صرفه الآن فى مصارفه كما حررناه فى باب العشر من الزكاة فعلى هذا إذا اشترى جارية من الغنيمة فإن كان ممن يستحق من الخمس ، جاز له صرفها إلى نفسه بطريق استحقاقه من الخمس ، وإن لم يكن مستحقا منه ، وله استحقاق من غيره كالعالم الغنى ينبغى له أن يملكها لفقير مستحق من الخمس ، ثم يشتريها منه أو يملكه خمسها فقط ، ثم يشتريه منه لأنه لو صرفها إلى نفسه يبقى فيها الخمس فلا يحل له وطؤها لكن قد يقال إن الغنيمة بعد الإحراز صارت مشتركة بين الغانمين ، وأصحاب الخمس ، وقد مر أن من مات بعد الإحراز يورث نصيبه ، ولكن لما جهلت أصحاب الحقوق وانقطع الرجاء من معرفتهم صار مرجعها إلى بيت المال ، وانقطعت الشركة الخاصة ، وصارت من حقوق بيت المال كسائر أموال بيت المال المستحقة لعامة المسلمين استحقاقا لا بطريق الملك لأن من مات ، وله حق فى بيت المال لا يورث حقه منه ، بخلاف الغنيمة المحرزة قبل جهالة مستحقيها ، وتفرقهم فإنها شركة خاصة ، وحيث صار مرجعها بيت المال لم يبق فيها حق الخمس أيضا فلمن يستحق من بيت المال أن يتملكها لنفسه هذ ماظهر لى :

وقد رأيت رسالة لمحقق الشافعية السيد السمهودى قال فيها وقد كان شيخنا الوالد قد شرى لى أمة للتسرى فذاكر شيخنا العلامة محقق العصر الجلال المحلى فى أمر الغنائم والشراء من وكيل بيت المال فقال له شيخنا الوالد : نحن نتملكها بطريق الظفر لما لنا من الحق الذى لا نصل إليه فى بيت المال ، لأن تلك الجارية على تقدير كونها من غنيمة لم تقسم قسمة شرعية قد آل الأمر فيها إلى بيت المال ، لتعذر العلم بمستحقيها ، فقال شيخنا المحلى : نعم لكم فيه حقوق من وجوه اهـ وهذا موافق لما نقلناه عن القنية وعن البزازية والله سبحانه وتعالى أعلم :

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع فى بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض ، وحكم استيلائهم علينا فتح وبه ظهر أنه من إضافة المصدر إلى فاعله لا إلى مفعوله أيضا لأنه هو مافرغ من بيانه فافهم (قوله على بعضهم بعضا) تبع فى هذا التعبير صاحب النهر ، وصوابه بعضهم على بعض كما قال ح أو إسقاط لفظ بعضا كما قال ط (قوله بدار الحرب) أفاد إطلاقه أنه لا يشترط الإحراز بدار المالك ، حتى لو استولى كفار الترك والهند على الروم وأحرزوها

لاستيلائه على مباح) ولو سبى أهل الحرب أهل الذمة من دارنا لا) يملكونهم لأنهم أحرار (وملكنا ما نجده من ذلك) السبي للكافر (إن غلبنا عليهم) اعتبارا لسائر أملاكهم (وإن غلبوا على أموالنا) ولو عبدا مؤمنا (وأحرزوها بدارهم ملكوها) لاللاستيلاء على مباح ،

بالهند ، ثبت الملك لكفار الترك ككفار الهند كما فى الخلاصة قهستانى ونحوه فى البحر . ويأتى مايؤيده لكن ذكر ابن كمال أن الإحراز هنا غير شرط ، وإنما هو مخصوص فى المسألة الآتية وهى قوله : وإن غلبوا على أموالنا الخ على ما أفصح عنه صاحب الهداية اه أى حيث أطلق هنا وقيد بالإحراز فى الآتية وذكر فى الشرنبلالية مثل ماذكره ابن كمال فتأمل (قوله لاستيلائه على مباح) أى فيملكه هو بمباشرة سببه كالاحتطاب والاصطياد (قوله ولو سبى الخ) ذكر المسألة بتعليلها فى الدرر عن واقعات الصدر الشهيد، ولم يذكر أموال أهل الذمة ، لأنها كأموالنا فتملك بالإحراز ، وقوله : من دارنا الظاهر أنه احتراز عما لو لحق الذمى بدار الحرب فسبى منها ، أما لو دخل دارهم على نية العود ، فالظاهر أنه لا يملك بالسبى لبقاء عهد الذمة فله حكمنا تأمل (قوله من ذلك السبى للكافر) فسر اسم الإشارة بما ذكر ليفيد أنه راجع إلى المسألة الأولى دون مسألة الذمى لأنهم إذا لم يملكوا الذمى إذا سبوه لم نملكه منهم فافهم (قوله اعتبارا بسائر أملاكهم) أى كما نملك باقى أملاكهم ، وشمل ما إذا كان بيننا وبين المسبيين موادعة لأنا لم نغدرهم إنما أخذنا مالا خرج عن ملكهم ، ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة كان لنا أن نشترى من السابين لما ذكرنا إلا إذا اقتتلوا بدارنا ، لأنهم لم يملكوه لعدم الإحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين ، لأنه على ملكهم وتمامه فى البحر عن الفتح وقوله : لم يملكوه لعدم الإحراز يدل على اشتراط الإحراز فى المسألة المارة كما ذكرناه .

مطلب فيما لو باع الحربى ولده

[تنبيه] فى النهر عن منية المفتى إذا باع الحربى هناك ولده من مسلم عن الإمام أنه لايجوز ولايجبر على الرد وعن أبى يوسف ، أنه يجبر إذا خاصم الحربى، ولو دخل دارنا بأمان مع ولده فباع الولد لايجوز فى الروايات اه أى لأن فى إجازة بيع الولد نقض أمانه كما فى ط عن الولوالجية (قوله ولو عبدا مؤمنا) وكذا الكافر بالأولى وكان الأولى التعبير بالقن ليخرج المدبر ، والمكاتب ، وأم الولد فإنهم لايملكونهم كما سيذكره المصنف ومثل العبد الأمة كما فى الدرر .

مطلب يلحق بدار الحرب المفازة والبحر الملح

(قوله وأحرزوها بدارهم) ويلحق بها البحر الملح ونحوه كمفازة ليس وراءها بلا إسلام ، نقله بعضهم عن الحموى وفى حاشية أبى السعود عن شرح النظم الهاملى سطح البحر له حكم دار الحرب اه وفى الشرنبلالية قبيل باب العشر : سئل قارئ الهداية عن البحر الملح أمن دار الحرب ، أو الإسلام أجاب : أنه ليس من أحد القبيلين لأنه لاقهر لأحد عليه اه قال فى الدر المنتقى هناك : لكن قدمنا فى باب نكاح الكافر أن البحر الملح ملحق بدار الحرب (قوله ملكوها) هو قول مالك وأحمد أيضا فيحل الأكل والوطء لمن اشتراه منهم كما فى الفتح لقوله تعالى - للفقراء المهاجرين - سماهم فقراء فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التى هاجروا عنها ، ومن لايصل إلى ماله ليس فقيرا ، بل هو ابن سبيل ولذا عطفوا عليهم فى آية الصدقات وهذا مؤيد لما ورد من طرق كثيرة ، وإن كانت ضعيفة تفيد هذا الحكم بلا شك ، كما أوضحه وأطال فى تحقيقه ابن الهمام (قوله لاللإستيلاء الخ) رد على الهداية حيث ذكر أن عند الشافعى لايملكونها ، لأن الاستيلاء محظور فلا يفيد الملك ،

لما أن الصحيح من مذهب أهل السنة أن الأصل فى الأشياء التوقف ، والإباحة رأى المعتزلة ، بل لأن العصمة من جملة الأحكام المشروعة وهم لم يخاطبوا بها فبقى فى حقهم مالا غير معصوم فيملكونه كما حققه صاحب المجمع فى شرحه ويفترض علينا اتباعهم فان أسلموا تقرر ملكهم (وإن غلبنا عليهم) أى بعد ما أحرزوها بدارهم

ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح ، لأن العصمة فى المال إنما ثبتت على منافاة الدليل ، وهو قوله تعالى — هو الذى خلق لكم مافى الأرض جميعا — فإنه يقتضى إباحة الأموال وعدم العصمة لكنها ثبتت لضرورة تمكن المالك من الانتفاع ، فإذا زالت المكنة بالاستيلاء وتباين الدارين عاد مباحا كما كان اه موضحا من العناية والفتح .

مطلب فى أن الأصل فى الأشياء الإباحة

(قوله لما أن الصحيح الخ) حاصله إن هذا التعليل المار عن الهداية مبنى على أن الأصل فى الأشياء الإباحة وهو رأى المعتزلة ، والصحيح من مذهب أهل السنة أن الأصل فيها الوقف حتى يرد الشرع ، بل الوجه أن العصمة ثابتة بخطاب الشرع عندنا ، فلم تظهر العصمة فى حقهم ، وعند الشافعى هم مخاطبون بالشرائع ، فظهرت العصمة فى حقهم فلا يملكونها بالاستيلاء هذا حاصل مافى المنبع شرح المجمع .

أقول : وفيه نظر من وجوه .

الأول : أن مامر عن الهداية ليس مبنيا على أن الأصل الإباحة ، لأن الخلاف المذكور فيه إنما هو قبل ورود الشرع ، وصاحب الهداية إنما أثبت الإباحة بعد ورود الشرع بمقتضى الدليل يعنى أن مقتضى الدليل إباحتها ، لكن ثبتت العصمة بعارض ، وقد صرح بذلك فى أصول البزدوى حيث قال بعد ورود الشرع الأموال على الإباحة بالإجماع مالم يظهر دليل الحرمة لأن الله تعالى أباحها بقوله — خلق لكم مافى الأرض جميعا — .

الثانى : أن الكفار مخاطبون بالإيمان وبالعقوبات سوى حد الشرب وبالمعاملات ، وإنما الخلاف فى العبادات كما قدمناه أوائل الجهاد .

الثالث : أن قوله فلم تظهر العصمة فى حقهم أى هو مباح لهم ففيه رجوع إلى القول بالإباحة كما أفاده ط .

الرابع : أن نسبة الإباحة إلى المعتزلة مخالف لما فى كتب الأصول ، ففى تحرير ابن الهمام المختار الإباحة عند جمهور الحنفية والشافعية اه وفى شرح أصول البزدوى للعلامة الأكمل قال أكثر أصحابنا وأكثر أصحاب الشافعى إن الأشياء التى يجوز أن يرد الشرع بإباحتها وحرمتها قبل وروده على الإباحة ، وهى الأصل فيها حتى أبيح لمن لم يبلغه الشرع أن يأكل ماشاء وإليه أشار محمد فى الإكراه حيث قال : أكل الميتة وشرب الخمر لم يحرما إلا بالنهى ، فجعل الإباحة أصلا والحرمة بعارض النهى ، وهو قول الجبائى وأبى هاشم وأصحاب الظاهر . وقال بعض أصحابنا وبعض أصحاب الشافعى ومعتزلة بغداد : إنها على الحظر وقالت الأشعرية وعامة أهل الحديث : إنها على الوقف حتى إن من لم يبلغه الشرع يتوقف ولايتناول شيئا فإن تناول لم يوصف فعله بحل ولاحرمة وقال عبد القاهر البغدادى تفسيره لايستحق ثوابا ولاعقابا وإليه مال الشيخ أبو منصور اه وبسط أدلة الأقوال فيه (قوله ويفترض علينا اتباعهم) أى لاستنقاذ أموالنا مادام وا فى دار الإسلام ؛ فإن دخلوا دار الحرب لايفترض ؛ والأولى الاتباع بخلاف الزرارى يفترض اتباعهم مطلقا بحر عن المحيط وقوله مطلقا أى ، وإن دخلوا دار الحرب لكن مالم يبلغوا حصونهم كما قدمناه أول الجهاد عن الذخيرة (قوله فإن أسلموا تقرر ملكهم) أى لاسبيل لأربابها عليها بحر عن شرح الطحاوى ؛ وعبر الشارح بالتقرر ؛ لأن ملكهم بعد الإحراز

أما قبله فهى لمالكها مجانا مطلقا (فمن وجد ملكه قبل القسمة) بين المسلمين لا بين الكفار كما حققه فى الدرر (فهو له مجانا) بلا شىء (وإن وجده بعدها فهو له بالقيمة) جبرا للضررين بالقدر الممكن (ولو) كان ملكه (مثليا فلا سبيل له عليه بعدها) إذ لو أخذه أخذه بمثله فلا يفيد ولو قبلها أخذه مجانا كما مر (وبالثمن) الذى اشتراه به (لو اشتراه منهم تاجر) أى من العدو وأخرجه إلى دارنا ، وبقيمة العرض لو اشتراه به ، وبالقيمة لواتهبه منهم زاد فى الدرر أو ملكه بعقد فاسخ لكن فى البحر : شراه بخمر أو خنزير ليس لمالكه أخذه باتفاق الروايات ، وكذا لو شراه بمثله نسيئة أو بمثله قدرا ووصفا بعقد صحيح أو فاسد لعدم الفائدة

قبل الإسلام ، على شرف الزوال إذا غلبنا عليهم وبهذا التعبير صح ذكر هذه المسألة فى شرح قوله ، وإن غلبوا على أموالنا الخ ، ليفيد أن قوله ملكوها أى ملكا على شرف الزوال ، وإلا كان المناسب ذكرها عند قوله وملكنا مانجده من ذلك الخ بأن يقول إلا إن كانوا أسلموا التقرر ملكهم تأمل (قوله أما قبله) أى قبل الإحراز (قوله مطلقا) أى قبل القسمة أو بعدها (قوله فمن وجد ملكه) الإضافة للعهد أى الذى يملكه الكفار ، فلو دخل فى دارنا حربى بأمان وسرق من مسلم طعاما أو متاعا وأخرجه إلى دراهم ثم اشتراه مسلم وأخرجه إلى دارنا أخذه مالكه بلا شىء ، وكذا لو أبق عبد إليهم ثم اشتراه مسلم كما فى المحيط وغيره قهستانى (قوله كما حققه فى الدرر) أى رادا على ماوقع فى شرح المجمع لمصنفه من حمل القسمة على القسمة بين الكفار ، حيث قال إنه مخالف لجميع الكتب كما لايخفى على أولى الأبصار (قوله بلا شىء) تفسير لقوله مجانا (قوله بالقيمة) أى قيمته يوم أخذ الغانم قهستانى وفيه أيضا أنه لو مات المالك لاسبيل لوارثه ، لأن الخيار لم يورث اه أى لأنه مخير بين أخذه بالقيمة وتركه ، لكن نقل السائحانى عن الخانية لو مات المأسور منه بعد إخراج المشترى من العدو لورثته أخذه على قول محمد لالبعض الورثة وعن أبى يوسف ليس للورثة أخذه :

[تنبيه] فى الشرنبلالية عن الجوهرة : لو كان عبدا فأعتقه من وقع فى سهمه نفذ عتقه وبطل حق المالك ، وإن باعه أخذه مالكه بالثمن ، وليس له نقض البيع (قوله جبرا للضررين الخ) لأن المالك القديم يتضرر بزوال ملكه عنه بلا رضاه ، ومن وقع العين فى نصيبه يتضرر بالأخذ منه مجانا ، لأنه استحقه عوضا عن سهمه فى الغنيمه ، فقلنا بحق الأخذ بالقيمة جبرا للضررين بالقدر الممكن وقبل القسمة الملك فيه للعامة ، فلا يصيب كل فرد منهم مايبالى بفوته فلا يتحقق الضرر اه درر (قوله ولو قبلها الخ) مكرر بما قبله ط (قوله الذى اشتراه) الضمير المستتر عائد إلى تاجر لأنه وإن تأخر فى اللفظ لكنه متقدم فى المعنى لأنه فى جواب الشرط ، فإن التقدير ولو اشتراه منهم تاجر أخذه بالثمن الذى اشتراه به (قوله وبالقيمة لو اتهبه منهم) لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة بحر ، وفيه إشارة إلى أنه لو مثليا لافائدة فى أخذه كما مر (قوله أو ملكه بعقد فاسد) أى فإنه يأخذه بالقيمة لو قيميا (قوله ليس لمالكه أخذه) أى بالخمر والخنزير ، بل يأخذه بقيمة نفسه ، كما نقله فى النهر عن السراج الوهاج ، وحينئذ لامعنى للاستدراك ، بل كان عليه أن يقول : لو ملكه بعقد فاسد كما لو شراه بخمر أو خنزير اه ح :

قلت : لكن صاحب السراج قال فى الجوهرة : وإن اشتراه بخمر أو خنزير أخذه بقيمة الخمر وإن شاء تركه اه إلا أن يحمل هذا على ما إذا كان البيع مثليا ووافق السراج على ماإذا كان قيميا تأمل ، ولم يذكر هل له أخذه بقيمة الخنزير ، والظاهر نعم يجعل قيمة الخنزير قائمة مقام المبيع لامقام الخنزير كما ذكروه فى الشفعة ، فيما لو اشترى دارا بخنزير وشفيعها مسلم يأخذها بقيمة الخنزير وتكون قائمة مقام الدار فتأمل (قوله وكذا لو شراه الخ)

فلو بأقل قدرا وأردأ وصفا فله أخذه لأنه يفيد وليس بربا لأنه فداء (وإن) وصلية (ففقأعينه) أو قطع يده (وأخذ مشتريه (أرشه) أو فقأها المشترى، فيأخذه بكل الثمن إن شاء لأن الأوصاف لايقابلها شيء منه (والقول للمشترى فى مقداره) أى الثمن (بيمينه عند عدم البرهان) لأن البينة مبينة، ولو برهنا فبينة المالك أيضا خلافا للثانى نهر (وإن تكرر الأسر والشراء) بأن أسر ثانيا وشراه آخر (أخذ) المشترى (الأول من الثانى بثمنه) جبرا لورود الأسر على ملكه، فكان الأخذ له (ثم يأخذ) المالك (القديم بالثمنين إن شاء) لقيامه عليه بهما وقبل أخذ الأول لا يأخذه القديم كى لايضيع الثمن (ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا) لحريتهم من وجه فيأخذه مالكه مجانا لكن بعد القسمة تؤدى قيمته من بيت المال

أى ليس لمالكه أخذه وهذا تقييد لقول المتن وبالثمن الخ (قوله فلو بأقل قدرا) كما لو كان التاجر اشترى قفيز بر بنصف قفيز منه (قوله أو أردأ وصفا) كأن اشترى قفيزا جيدا بأردأ منه وكذا لو بالعكس (قوله وليس بربا لأنه فداء) أى لاعوض وهذا راجع إلى قوله فلو بأقل قدرا، أما الأردأ وصفا بعد التماثل فى القدر، ولا يتوهم كونه ربا لأن جيدها ورديئها سواء (قوله وإن وصلية) أى واصلة مابعدها بما قبلها لاشرطية (قوله ففقأعينه) المناسب أن يرسم فقئ بالياء مبنيا للمجهول، وصورة المسألة: إذا أخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب، فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها، فإن المولى يأخذه بالثمن الذى أخذه به المشترى من العدو، ولايأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح، فكان الأرش حاصلا فى ملكه ولو أخذه فإنما يأخذه بمثله لأن الأرش دراهم أودنانير وتمامه فى العناية (قوله أوفقأها المشترى) أشار به إلى قول البحر إنه لافرق فى الفاقئ، بين أن يكون المشترى أوغيره (قوله لأن الأوصاف الخ) أى والعين كالوصف، لأن بها يحصل وصف الإبصار وقد كانت فى ملك صحيح فلا يقابلها شيء منه والعقر كالأرش نهر (قوله والقول للمشترى الخ) لأنه ينكر استحقاق الأخذ بما يدعيه المالك القديم كالمشترى مع الشفيع (قوله لأن البينة مبينة) أى مظهرة وهو علة لمقدر، وهو إما عند وجود البرهان من أحدهما فيقبل لأن الخ (قوله أيضا) أى كما أن بينة المالك تقبل إذا برهن وحده كما علم مما قبله (قوله خلافا للثانى) فإن البينة عنده بينة المشترى، ولايخفى أن الأوجه الأول، لأن البينة لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر مع من يكون القول قوله وهو المشترى فبينة المالك أقوى لإثباتها خلافه هذا ما ظهر لى فافهم (قوله وإن تكرر الأسر والشراء) قيد بالتكرر لأن المشترى الأول لو وهبه كان لمولاه أخذه من الموهوب له بقيمته كما لو وهبه الكافر لمسلم فتح (قوله لو ورد الأسر على ملكه) أى على ملك المشترى الأول فكان الأخذ له، حتى لو أبى أن يأخذه لم يلزم المشترى الثانى إعطاؤه للأول فتح (قوله ثم يأخذ المالك القديم) أى ثم بعد أخذ المشترى الأول من المشترى الثانى إذا أراد المالك الأول أن يأخذه من المشترى الأول يأخذه بالثمنين (قوله وقبل أخذ الأول) الظرف متعلق بما بعده وهو قوله لايأخذه القديم قال فى النهر: أى لايأخذه المالك القديم من الثانى، ولوكان الأول غائبا أو حاضرا أبى عن أخذه لأن الأسر ماورد على ملكه (قوله كى لايضيع الثمن) أى على المشترى الأول (قوله ومدبرنا) ظاهر فى المدبر المطلق، أما المقيد فهل يملكونه أولا، وفى تعليل المصنف بأن الإستيلاء إنما يكون سببا للملك إذا لاقى محلا قابلا للملك إشارة إلى ملكهم المقيد شرنبلالية (قوله فيأخذه مالكه) ولو فى يد تاجر اشتراه منهم أوواحد من العسكر نهر (قوله تؤدى قيمته) أى لمن وقع فى سهمه:

(ونملك عليهم جميع ذلك بالغلبة) لعدم العصمة (ولو ند إليهم دابة ملكوها) لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء (وإن أبق إليهم قن مسلم فأخذوه) قهرا (لا) خلافا لهما لظهور يده على نفسه بالخروج من دارنا فلم يبق محلا للملك (بخلاف ما إذا أبق إليهم بعد ارتداده فأخذوه) ملكوه اتفاقا ، ولو أبق ومعه فرس أو متاع فاشترى رجل ذلك (كله منهم أخذ) المالك (العبد مجانا) لما مر أنهم لا يملكونه وأخذ (غيره بالثمن) لأنهم ملكوه (وعتق عبد مسلم) أو ذمى لأنه يجبر على بيعه أيضا زيلعى (شراه مستأمن ههنا وأدخله دراهم) إقامة لتباين الدارين مقام

مطلب فى قولهم إن أهل الحرب أرقاء

(قوله ونملك عليهم جميع ذلك) فلو أهدى ملكهم لمسلم هدية من أحرارهم ملكه إلا إذا كان قرابة له ، ولو دخل دارهم مسلم بأمان ثم اشترى من أحدهم ابنه ثم أخرجه إلى دارنا قهرا ملكه ، وهل يملكه فى دارهم ؟ خلاف والصحيح لا كما فى المحيط ، وفيه إشعار بأن الكفار فى دارهم أحرار ، وليس كذلك فإنهم أرقاء فيها وإن لم يكن ملك لأحد عليهم على مافى المستصفى وغيره قهستانى ملخصا درمنتقى .

قلت : لكن قدمنا فى العتق أن المراد بكونهم أرقاء أى بعد الاستيلاء عليهم ، أما قبله فهم أحرار لما فى الظهيرية لو قال لعبده نسبك حر أو أصلك حر إن علم أنه سبى لا يعتق وإلا عتق . قال وهذا دليل على أن أهل الحرب أحرار اهـ وما فى المحيط دليل عليه أيضا (قوله ولو ند) أى نفر من باب ضرب مصدره الندود كما فى البحر عن المغرب (قوله إذ لا يد للعجماء) أى للدابة لكونها لا تعقل (قوله وإن أبق إليهم قن الخ) أى سواء كان لمسلم أو ذمى قيد بقوله إليهم لأنهم لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه اتفاقا ، وبقوله مسلم احترازا عن المرتد كما يأتى ، وفى العبد الذمى إذا أبق قولان كما فى الفتح وبقوله : قهرا لما فى شرح الوقاية من أن الخلاف فيما أخذوه قهرا وقيدوه ، أما إذا لم يكن قهرا فلا يملكونه اتفاقا نهر (قوله لا) أى لا يملكونه ، فيأخذه المالك القديم بلا شىء سواء كان موهوبا منهم للذى أخرجه أو مشترى أو مغنوما لكن لو أخذه بعد القسمة يعوض الإمام المأخوذ منه من بيت المال وتمامه فى الفتح (قوله لظهور يده على نفسه) لأنه آدمى مكلف له يد على نفسه ، وإنما سقط اعتبار يده لتمكين المولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى بمجرد دخوله دار الحرب فظهرت يد العبد على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف ما إذا أخذوه من دارنا لأن يد المولى قائمة حكما لقيام يد أهل الدار وتمامه فى الفتح (قوله ملكوه اتفاقا) لعدم اليد والعصمة ط (قوله وأخذ غيره بالثمن مجانا (١)) أى عند الإمام وعندهما بالثمن أيضا اعتبارا لحالة الاجتماع بالانفراد ، ولا تكون يده على نفسه مانعة من استيلاء الكفار على مانعه لقيام الرق المانع للملك بالاستيلاء لغيره بحر ، ونظر فيه فى الفتح بأن ملكهم ماءه لإباحته وإنما يصير مباحا إذا لم تكن عليه يد لأحد وهذا عليه يد العبد (قوله وعتق عبد مسلم) أى عند أبى حنيفة ، ومثله ما لو أسلم فى يده كما فى العناية .

مطلب إذا شرى المستأمن عبدا ذميا يجبر على بيعه

(قوله لأنه) أى المستأمن يجبر على بيعه أى بيع العبد الذمى الذى شراه ولا يمكن من إدخاله دار الحرب كما فى الزيلعى عن النهاية عن الإيضاح (قوله إقامة لتباين الدارين الخ) هذا وجه قول الإمام ، وقالا : لا يعتق ، لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع ، وقد انقطعت ولاية الجبر عليه ، فبقى فى يده عبدا ، وله أن تخلص المسلم عن ذل الكافر واجب ، فيقام الشرط ، وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له

---

(١) قوله (وأخذ غيره بالثمن مجانا) هكذا بخطه والذى فى الشرح (بالثمن) فقط بدون زيادة كلمة مجانا على أنه لا معنى للجمع بينهما تأمل اهـ مصححه .

الإعتاق كما لو استولوا عليه وأدخلوه دارهم فأبق منهم إلينا قيد بالمستأمن لأنه لو شراه حربى لا يعتق عليه اتفاقا لمانع حق استرداده نهر (كعبد لهم أسلم ثمة فجاءنا) إلى دارنا أو إلى عسكرنا ثمة، أو اشتراه مسلم أو ذمى أو حربى ثمة ، أو عرضه على البيع وإن لم يقبل المشترى بحر (أو ظهرنا عليهم) ففى هذه التسع صور يعتق العبد بلا إعتاق ولا ولاء لأحد عليه ، لأن هذا عتق حكمى درر، وفى الزيلعى لو قال الحربى لعبده آخذا بيده : أنت حر لايعتق عند أبى حنيفة لأنه معتق ببيانه مسترق ببنانه .

كما يقام مضى الثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب ابن كمال (قوله كما لو استولوا عليه الخ) ذكر هذا الفرع فى الدرر، لكن ذكر فى البزازية وكذا فى التتارخانية من الملتقط عبد أسره أهل الحرب وألحقوه بدارهم ثم أبق منهم يرد إلى سيده وفى رواية يعتق اه وظاهره أن المرجح عدم العتق وهو ظاهر لأن سيده المسلم له حق استرداده كما يوضحه ما يأتى عقبه (قوله قيد بالمستأمن الخ) عبارة النهر هكذا قيد بشراء المستأمن ، لأن الحربى لو أسر العبد المسلم وأدخله داره لايعتق عليه اتفاقا للمانع عنده من عمل المقتضى عمله ، وهو حق استرداد المسلم اه وبه يظهر مافى عبارة الشارح من الخلل (قوله لمانع حق استرداده) الإضافة بيانية : أى لمانع هو حق استرداد المولى المسلم عبده .

وحاصله : الفرق من جهة الإمام بين هذه المسألة وما قبلها ، وهو أن كلامنا فيمن ملكه الحربى فى دارنا ووجب إزالته عن ملكه ، وهنا لم يملكه قبل إدخاله دارهم ، فكان للمولى حق استرداده فلو أعتقناه على الحربى حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم إياه جبرا فكان ذلك مانعا من عمل المقتضى عمله أى من تأثير تباين الدارين فى الإعتاق (قوله كعبد لهم الخ) أى كما يعتق عبد الخ وهذا على قوله خلافا لهما (قوله أسلم ثمة) أى فى دار الحرب وهو قيد اتفاقى إذ لو خرج مراغما لمولاه فأسلم فى دارنا فالحكم كذلك ، بخلاف ما إذا خرج بإذن مولاه أو بأمره لحاجة فأسلم فى دارنا ، فإن حكمه أن يبيعه الإمام ، ويحفظ ثمنه لمولاه الحربى بحر (قوله أو إلى عسكرنا ثمة) لايعلم فيه خلاف بين أهل العلم فتح (قوله أو اشتراه مسلم الخ) أى يعتق خلافا لهما لأن قهر مولاه زال حقيقة بالبيع ، وكان إسلامه يوجب إزالة قهره عنه إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة فأقيم ماله أثر فى زوال الملك مقام الإزالة بحر (قوله أو عرضه على البيع الخ) لأنه لما عرضه فقد رضى بزوال ملكه فتح (قوله ففى هذه التسع صور) أقول : بل هى إحدى عشرة صورة إلا أن العبد الذى اشتراه المستأمن وأدخله دراهم إما مسلم أو ذمى ، وقوله كما لو استولوا عليه أى على العبد المسلم أو الذمى اه ح .

قلت : مسألة الاستيلاء قد علمت مافيها نعم يزاد مسألة مالو خرج مراغما لمولاه (قوله ولا ولاء لأحد عليه الخ) عزاه فى الدرر إلى غاية البيان عن شرح الطحاوى ، واعترض بأن الذى فى شرح الطحاوى ، ولا يثبت ولاء العبد الخارج إلينا مسلما لأحد لأن هذا عتق حكمى اه فقد خصه بالخارج إلينا .

قلت : لكن العذر لصاحب الدرر أن العتق حكمى فى الكل فالظاهر عدم الفرق (قوله لو قال الحربى الخ) الذى تقدم من المسائل صح فيه العتق بلا إعتاق وهذه بالعكس لأن العتق لم يصح فيها مع صريح الإعتاق ، والمراد بالحربى من كان منشؤه دار الحرب ، سواء أسلم هناك أو بقى على حربيته إحترازا عن مسلم دخل دار الحرب ، فاشترى عبدا حربيا فأعتقه فالاستحسان أنه يعتق بلا تخلية وله الولاء كما حررناه أول باب العتق فراجعه (قوله آخذا بيده) أى لم يخلّ سبيله (قوله لايعتق عند أبى حنيفة) حتى لو أسلم والعبد عنده فهو ملكه ، وعندهما يعتق لصدور ركن العتق من أهله ، بدليل صحة إعتاقه عبدا مسلما فى دار الحرب فى محله لكونه مملوكا (قوله لأنه معتق ببيانه) أى بتصريحه بلسانه مسترق ببنانه : أى بيده وهذا وجه قول الإمام قال الزيلعى : وهذا لأن الملك

باب المستأمن

أى الطالب للأمان (هو من يدخل دار غيره بأمان) مسلما كان أو حربيا (دخل مسلم دار الحرب بأمان حرم تعرضه لشيء) من دم ومال وفرج (منهم) إذ المسلمون عند شروطهم (فلو أخرج) إلينا (شيئا ملكه) ملكا (حراما) للغدر (فيتصدق به) وجوبا ، قيد بالإخراج لأنه لو غصب منهم شيئا رده عليهم وجوبا (بخلاف الأسير) فيباح تعرضه (وإن أطلقوه طوعا) لأنه غير مستأمن ، فهو كالمتلصص (فإنه يجوز له أخذ المال وقتل النفس دون استباحة الفرج) لأنه لايباح إلا بالملك (إلا إذا وجد امرأته المأسورة أو أم ولده أو مدبرته) لأنهم ماملكوهن بخلاف الأمة (ولم يطأهن أهل الحرب) إذ لو وطئوهن تجب العدة للشبهة

كما يزول يثبت باستيلاء جديد وهو أخذه له بيده فى دار الحرب فيكون عبدا له بخلاف المسلم لأنه ليس بمحل التملك بالاستيلاء اه والله سبحانه أعلم :

باب المستأمن

بكسر الميم اسم فاعل بقرينة التفسير ويصح بالفتح اسم مفعول والسين والتاء للصيرورة : أى من صار مؤامنا أفاده ط (قوله دار غيره) المراد بالدار الإقليم المختص بقهر ملك إسلام أو كفر ، لا مايشمل دار السكنى حتى يرد أنه غير مانع فافهم (قوله حرم تعرضه لشئ الخ) شمل الشئ أمته المأسورة لأنها من أملاكهم بخلاف زوجته وأم ولده ومدبرته لعدم ملكهم لهن وكذا ما أسروه من ذرارى المسلمين فله تخليصهم من أيديهم إذا قدر أفاده فى البحر :

[تنبيه] فى كافى الحاكم وإن بايعهم الدرهم بدرهمين نقدا أو نسيئة أو بايعهم بالخمر والخنزير والميتة فلا بأس بذلك لأن له أن يأخذ أموالهم برضاهم فى قولهما ولا يجوز شئ من ذلك فى قول أبى يوسف اه (قوله إذ المسلمون عند شروطهم) لأنه ضمن بالاستئمان أن لايتعرض لهم ، والغدر حرام إلا إذا غدر به ملكهم فأخذ ماله أو حبسه أو فعل غيره بعلمه ولم يمنعه ، لأنهم هم الذين نقضوا العهد بحر (قوله فلو أخرج الخ) تفريع لكون الملك حراما على حرمة التعرض كما أشار إليه بقوله للغدر فافهم (قوله فيتصدق به) لحصوله بسبب محظور وهو الغدر حتى لو كان جارية لايحل له وطؤها ولا للمشترى منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فإن حرمة وطئها على المشترى خاصة وتحل للمشترى منه ، لأنه يباع بيعا صحيحا فانقطع به حق البائع الأول فى الاسترداد ، وهنا الكراهة للغدر والمشترى الثانى كالأول فيه وتمامه فى الفتح : وفيه : لو تزوج امرأة منهم ثم أخرجها إلى دارنا قهرا ملكها فينفسخ النكاح ويصح بيعه لها وإن طاوعته لايصح بيعها لأنه لم يملكها ، وقيدوا إخراجها كرها بما إذا أضمر فى نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولابد منه إذ لو أخرجها لاعتقاده أن له إن يذهب بزوجته إذا أوفاها المعجل ينبغى أن لايملكها اه :

(قوله قيد بالإخراج لأنه لوغصب الخ) يعنى ولم يخرجه لأنه محترز القيد ، وعبارته فى الدر المنتقى قيد بالإخراج لأنه لولم يخرجه وجب رده عليهم للغدر (قوله وإن أطلقوه) أى تركوه فى دارهم فتح (قوله لأنه لايباح إلا بالملك) ولا ملك قبل الإحراز بدارنا (قوله إلا إذا وجد) أى الأسير ومثله التاجر كما قدمناه وفى قوله امرأته إشارة إلى بقاء النكاح ، سواء سبيت الزوجة قبل زوجها أو بعده ، لكن فى فتاوى قارئ الهداية أن المأسورة تبين شرنبلالية ثم نقل فى النكاح مايفيد أنها لاتبين ، لعدم تباين الدارين قال : فليتأمل فيما فى فتاوى قارئ الهداية در منتقى (قوله بخلاف الأمة) أى القنة المأثورة ، فلا يحل له وطؤها مطلقا لأنها مملوكة لهم بحر (قوله تجب العدة) فلا يجوز وطؤهن حتى تنقضى عدتهن بحر (قوله للشبهة) أى شبهة الملك ففى البحر فى غير هذا الموضع عن المحيط لأنهم

(فإن أدانه حربى دينا ببيع أو قرض وبعكسه أو غصب أحدهما صاحبه وخرجا إلينا لم نقض) لأحد (بشىء) لأنه ماالتزم حكم الاسلام فيما مضى بل فيمايستقبل (ويفتى المسلم برد المغصوب) زيلعى ، زاد الكمال (و) برد (الدين) أيضا (ديانة) لاقضاء ، لأنه غدر (وكذا الحكم) يجرى (فى حربيين فعلا ذلك) أى الإدانة والغصب (ثم استأمنا) لما بينا (خرج حربى مع مسلم إلى العسكر فادعى المسلم أنه أسيره وقال) الحربى (كنت مستأمنا فالقول للحربى إلا إذا قامت قرينة) ككونه مكتوفا أو مغلولا عملا بالظاهر بحر (وإن خرجا) أى الحربيان (مسلمين) وتحاكما (قضى بينهما بالدين) لوقوعه صحيحا للتراضى (و) أما (الغصب ف) لا لما مر أنه ملكه (قتل أحد المسلمين المستأمنين صاحبه) عمدا أو خطأ (تجب الدية) لسقوط القود ثمة كالحد (فى ماله) فيهما لتعذر الصيانة على العاقلة مع تباين الدارين (والكفارة) أيضا (فى الخطأ) لإطلاق النص (وفى) قتل أحد (الأسيرين) الآخر (كفر فقط) لما مر بلا دية (فى الخطأ) ولاشىء فى العمد أصلا لأنه بالأسر

باشروا الوطء على تأويل الملك فتجب العدة ويثبت النسب اهـ (قوله فإن أدانه التاجر) الذى دخل دار الحرب بأمان (قوله ببيع أو قرض) ظاهره شمول الدين للقرض وهو موافق لما فى المغرب مخالف لما فى القاموس .

وفى طلبة الطلبة ماحاصله : إن من قصر المداينة على البيع بالدين شدد فقال أدان من باب الافتعال ، ومن أدخل فيه القرض ونحوه مما يجب فى الذمة بالعقد أو الاستهلاك خفف وتمامه فى النهر (قوله وبعكسه) أى بأن أدان حربيا (قوله لأنه ماالتزم الخ) قال الزيلعى : لأن القضاء يستدعى الولاية ويعتمدها ولا ولاية وقت الإدانة أصلا إذ لاقدره للقاضى فيه على من هو فى دار الحرب ، ولا وقت القضاء على المستأمن ، لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزمه فيما يستقبل والغصب فى دار الحرب سبب يفيد الملك ، لأنه استيلاء على مال مباح غير معصوم فصار كالإدانة . وقال أبو يوسف : يقضى بالدين على المسلم دون الغصب ، لأنه التزم أحكام الإسلام حيث كان وأجيب بأنه إذا امتنع فى حق المستأمن امتنع فى حق المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما اهملخصا قال فى الفتح : ولايخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس فى أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك فى الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك (قوله لأنه غدر) لأنه التزم بالأمان أن لايغدرهم ، ولا يقضى عليه لما ذكرنا زيلعى : أى من أنه استيلاء على مال مباح ؛

والحاصل : أن الملك حصل بالاستيلاء فلا يقضى عليه بالرد لكنه بسبب محظور وهو الغدر فأورث خبثا فى الملك فلذا يفتى بالرد ديانة فافهم (قوله لما بينا) فى قوله لأنه ماالتزم حكم الإسلام الخ (قوله ككونه مكتوفا أو مغلولا) أو مع عدد من المسلمين بحر (قوله لوقوعه صحيحا) أى والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام بحر (قوله للتراضى) علة لكونه صحيحا (قوله لما مر) أى أول الباب السابق ، ولا يؤمر بالرد لأن ملكه صحيح لاخبث فيه نهر : أى لأنه لاغدر فيه بخلاف المستأمن (قوله لسقوط القود) أى فى العمد ، لأنه لايمكن استيفاء القود إلا بمنعة ولامنعة دون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك فى دار الحرب بحر (قوله كالحد) أى كسقوط الحد لوزنى أو سرق لعدم الولاية (قوله فيهما) أى فى العمد والخطإ (قوله لتعذر الصيانة) علة لقوله فى ماله : أى لاعلى العاقلة لأن وجوب الدية على العاقلة بسبب تركهم صيانته عن القتل ولاقدرة لهم عليها مع تباين الدارين ، وهذا فى الخطأ فكان ينبغى أن يزيد ولأن العواقل لاتعقل العمد (قوله لإطلاق النص) هو قوله تعالى - ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة - بلا تقييد بدار الإسلام أو الحرب درر (قوله لما مر) أى من إطلاق النص (قوله ولاشىء فى العمد أصلا) أى لا كفارة لأنها لاتجب فى العمد عندنا ولا قود لما ذكره وهذا عنده وقالا فى الأسيرين الدية فى الخطأ والعمد وتمامه فى البحر (قوله لأنه بالأسر الخ) بيان للفرق من جهة الإمام بين المستأمنين والأسيرين

صار تبعا لهم فسقطت عصمته المقومة لا المؤثمة ، فلذا يكفر فى الخطأ (كقتل مسلم) أسيرا أو (من أسلم ثمة) ولو ورثته مسلمون ثمة فيكفر فى الخطأ فقط لعدم الإحراز بدارنا .

فصل فى استئمان الكافر

لايمكن حربى مستأمن فينا سنة لئلا يصير عينا لهم وعونا علينا (وقيل له) من قبل الإمام (إن أقمت سنة) قيد اتفاقى لجواز توقيت مادونه كشهر وشهرين درر لكن ينبغى أن لايلحقه ضرر بتقصير المدة جدا فتح (وضعنا عليك الجزية فإن مكث سنة) بعد قوله (فهو ذمى) ظاهر المتون أن قول الإمام له ذلك شرط لكونه ذميا. فلوأقام سنة أو سنتين قبل القول فليس بذمى وبه صرح العتابى وقيل نعم وبه جزم فى الدرر قال فى الفتح والأول أوجه

وذلك أن الأسير صار تبعا لهم بالقهر حتى صار مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم كعبيد المسلمين فإذا كان تبعا لهم فلا يجب بقتله دية كأصله وهو الحربى فصار كالمسلم الذى لم يهاجر إلينا ، وهو المراد بقوله كقتل مسلم من أسلم ثمة :أى فى دار الحرب فإنه لايجب بقتله إلا الكفارة فى الخطأ لأنه غير متقوم لعدم الإحراز بالدار ، فكذا هذا لبطلان الإحراز الذى كان فى دارنا بالتبعية لهم فى دارهم وأما المستأمن فغير مقهور لإمكان خروجه باختياره فلا يكون تبعا لهم وتمامه فى الزيلعى (قوله فسقطت عصمته المقومة) هى مانوجب المال أو القصاص عند التعرض ، والمؤثمة ما توجب الإثم ، والأولى تثبت بالإحراز بالدار كعصمة المال لا بالإسلام عندنا ، فإن الذمى مع كفره يتقوم بالإحراز والثانية بكونه آدميا لأنه خلق لإقامة الدين ولا يتمكن من ذلك إلا بعصمة نفسه بأن لايتعرض له أحد ولايباح قتله إلا بعارض أفاده الزيلعى (قوله كقتل مسلم أسيرا) أفاد أن تصوير المسألة بالأسيرين غير قيد بل المعتبر كون المقتول أسيرا لأن المناط كون المقتول صار تبعا لهم بالقهر كما علمت سواء كان القاتل مثله أومستأمنا فلو كان بالعكس بأن قتل الأسير مستأمنا فالظاهر أنه كقتل أحد المستأمنين صاحبه كما بحثه ح (قوله ولو ورثته مسلمون ثمة) كذا فى غالب النسخ ، وكان حقه أن يقول مسلمين لأنه خبر كان المقدرة بعد لو وفى بعض النسخ المسلمون فهو صفة لورثته وخبر كان قوله ثمة والله سبحانه أعلم .

فصل فى استئمان الكافر

(قوله ولا يمكن حربى مستأمن الخ) قيد بالمستأمن لأنه لو دخل دارنا بلا أمان كان ومامعه فيئا ولو قال دخلت بأمان إلا أن يثبت ، ولو قال : أنا رسول الملك ، فلو معه كتاب بعلامة تعرف كان آمنا ولو دخل الحرم فهو فىء عنده وقالا : لايؤخذ ، ولكن لايطعم ولا يسقى ولايؤذى ولا يخرج ولو قال مسلم : أنا أمنته لم يصدق إلا أن يشهد رجلان غيره ، وسواء أخذ قبل الإسلام أو بعده عند الإمام وقالا : إن أسلم فهو حر ولا يختص به الآخذ عنده وظاهر قولهما أنه يختص به اه ملخصا من الفتح والبحر . وقدمنا بعضه قبل باب المغنم قال الرملى : ويؤخذ مما ذكر جواب حادثة الفتوى : وهو أنه يخرج كثيرا من سفن أهل الحرب جماعة منهم للاستقاء من الأنهر التى بالسواحل الإسلامية ، فيقع فيهم بعض المسلمين فيأخذهم اه أى فيكون فيئا لجماعة المسلمين عند الإمام وفى كونه يخمس عنه روايتان كما قدمناه قبل المغنم (قوله لئلا يصير عينا لهم الخ) العين هو الجاسوس والعون الظهير على الأمر ، والجمع أعوان عناية قال الرملى : هذه العلة تنادى بحرمة تمكينه سنة بلاشرط وضع الجزية عليه إن هو أقامها تأمل اه (قوله من قبل الإمام) أى أو نائبه ط (قوله قيد اتفاقى) أى بالنسبة للأقل لا للأكثر فلا يجوز تحديدا أكثر من سنة بقرينة قوله السابق لايمكن الخ ط (قوله وقيل نعم) أى يكون ذميا والأولى إبدال نعم بلا أى لايكون شرطا (قوله وبه جزم فى الدرر) أى نقلا عن النهاية عن المبسوط لكن عبارة المبسوط : ينبغى للإمام أن يتقدم إليه فيأمره إلى أن

(ولا جزية عليه فى حول المكث إلا بشرط أخذها منه فيه و) إذا صار ذميا (يجرى القصاص بينه وبين المسلم

قال وإن لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول . قال فى الفتح : وليس بلازم أى لايلزم من هذا أن قول الإمام له ذلك غير شرط فإنه يصدق بقوله له إن أقمت طويلا منعتك من العود فإن أقام سنة منعه من العود ، وفى هذا اشتراط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة ، والوجه أن لايمنعه حتى يتقدم إليه اه وأقره فى البحر والنهر .

وحاصله : أن مافى المبسوط غير صريح فى عدم الاشتراط ، فلا ينافى تصريح العتابى بالاشتراط ، وهو ما يشير إليه قول الهداية ، لأنه لما أقام سنة بغير تقدير الإمام الخ وبه يستغنى عن قول السعدية فلعل فيه روايتين فافهم ، وعليه فابتداء المدة من وقت التقدم لامن وقت الدخول (قوله ولا جزية عليه فى حول المكث) لأنه إنما صار ذميا بعده فتجب فى الحول الثانى بحر (قوله إلا بشرط أخذها منه فيه) أى فى الحول أى بأن قال له إن أقمت حولا أخذت منك الجزية فتح .

مطلب فى أحكام المستأمن قبل أن يصير ذميا

(قوله وإذا صار ذميا يجرى القصاص الخ) أما قبل صيرورته ذميا فلا قصاص بقتله عمدا بل الدية . قال فى شرح السير : الأصل أنه يجب على الإمام نصرة المستأمنين ما داموا فى دارنا ، فكان حكمهم كأهل الذمة إلا أنه لاقصاص على مسلم أو ذمى بقتل مستأمن ، ويقتص من المستأمن بقتل مثله ، ويستوفيه وارثه إن كان معه وذكر أيضا أن المستأمن فى دارنا إذا ارتكب ما يوجب عقوبة لايقام عليه إلا مافيه حق العبد من قصاص ، أو حد قذف ، وعند أبى يوسف : يقام عليه كل ذلك إلا حد الخمر كأهل الذمة ، ولو أسلم عبد المستأمن أجبر على بيعه ، ولم يترك يخرج به ولو دخل مع امرأته ومعهما أولاد صغار ، فأسلم أحدهما أو صار ذميا فالصغار تبع له ، بخلاف الكبار ، ولو إناثا لانتهاء التبعية بالبلوغ عن عقل ، ولايصير الصغير تبعا لأخيه أو عمه أو جده ولو الأب ميتا فى ظاهر الرواية . وفى رواية الحسن : يصير مسلما بإسلام جده ، والصحيح الأول إذ لو صار مسلما إسلام الجد الأدنى ، لصار مسلما بإسلام الأعلى ، فيلزم الحكم بالردة لكل كافر ، لأنهم أولاد آدم ونوح عليهما السلام ، ولو أسلم فى دارنا وله أولاد صغار فى دارهم لم يتبعوه إلا إذا أخرجوا إلى دارنا قبل موت أبيهم اه ملخصا ، وسنذكر عنه أن تبعية الصغير تثبت وإن كان ممن يعبر عن نفسه ، وذكر فى موضع آخر أن المستأمن لو قتل مسلما ولو عمدا أو قطع الطريق أو تجسس أخبارنا ، فبعث بها إليهم أوزنى بمسلمة أو ذمية كرها أو سرق لاينتقض عهده اه ملخصا .

وحاصله : أن المستأمن فى دارنا قبل أن يصير ذميا حكمه حكم الذمى إلا فى وجوب القصاص بقتله ، وعدم المؤاخذة بالعقوبات غير مافيه حق العبد ، وفى أخذ العاشر منه العشر ، وقدمنا قبل هذا الباب أنه التزم أمر المسلمين فيما يستقبل .

مطلب مايؤخذ من النصارى زوار بيت المقدس لايجوز

أقول : وعلى هذا فلا يحل أخذ ماله بعقد فاسد ، بخلاف المسلم المستأمن فى دار الحرب ، فإن له أخذ مالهم برضاهم ، ولو بربا أو قمار لأن مالهم مباح لنا إلا أن الغدر حرام ، وما أخذ برضاهم ليس غدرا من المستأمن ، بخلاف المستأمن منهم فى دارنا ، لأن دارنا محل إجراء الأحكام الشرعية فلا يحل لمسلم فى دارنا أن يعقد مع المستأمن إلا مايحل من العقود مع المسلمين ، ولا يجوز أن يؤخذ منه شىء لا يلزمه شرعا وإن جرت به العادة ، كالذى يؤخذ من زوار بيت المقدس كما قدمناه فى باب العاشر عن الخير الرملى . وسيأتى تمامه فى الجزية .

مطلب مهم فيما يفعله التجار من دفع مايسمى سوكرة وتضمين الحربي ماهلك في المركب

وبما قررناه يظهر جواب ماكثر السؤال عنه في زماننا : وهو أنه جرت العادة أن التجار إذا استأجروا مركبا من حربي يدفعون له أجرته ، ويدفعون أيضا مالا معلوما لرجل حربي مقيم في بلاده ، يسمى ذلك المال : سوكرة على أنه مهما هلك من المال الذي في المركب بحرق أو غرق أو نهب أو غيره ، فذلك الرجل ضامن له بمقابلة مايأخذه منهم ، وله وكيل عنه مستأمن في دارنا يقيم في بلاد السواحل الإسلامية بإذن السلطان يقبض من التجار مال السوكرة وإذا هلك من مالهم في البحر شيء يؤدي ذلك المستأمن للتجار بدله تماما ، والذي يظهر لي : أنه لايحل للتاجر أخذ بدل الهالك من ماله لأن هذا التزام مالا يلزم .

فإن قلت : إن المودع إذا أخذ أجرة على الوديعة يضمنها إذا هلكت قلت ليست مسألتنا من هذا القبيل ، لأن المال ليس في يد صاحب السوكرة بل في يد صاحب المركب ، وإن كان صاحب السوكرة هو صاحب المركب يكون أجيرا مشتركا قد أخذ أجرة على الحفظ ، وعلى الحمل ، وكل من المودع والأجير المشترك لايضمن مالا يمكن الإحتراز عنه كالموت والغرق ونحو ذلك .

فإن قلت : سيأتي قبيل باب كفالة الرجلين قال لآخر اسلك هذا الطريق ، فإنه آمن فسلك وأخذ ماله لم يضمن ولو قال : إن كان مخوفا وأخذ مالك فأنا ضامن ضمن وعلله الشارح هناك بأنه ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا اه أي بخلاف الأولى ، فإنه لم ينص على الضمان بقوله فأنا ضامن ، وفي جامع الفصولين الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار لو حصل الغرور في ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور فيصار كقول الطحان لرب البر : اجعله في الدلو فجعله فيه ، فذهب من النقب إلى الماء ، وكان الطحان عالما به يضمن ؛ إذ غره في ضمن العقد وهو يقتضي السلامة اه .

قلت : لابد في مسألة التغرير من أن يكون الغار عالما بالخطر كما يدل عليه مسألة الطحان المذكورة ، وأن يكون المغرور غير عالم إذ لاشك أن رب البر لو كان عالما بنقب الدلو يكون هو المضيع لما له باختياره ، ولفظ المغرور ينبيء عن ذلك لغة لما في القاموس غره غرا وغرورا فهو مغرور وغرير خدعه وأطمعه بالباطل فاغتر هو اه ولا يخفى أن صاحب السوكرة لايقصد تغرير التجار ، ولا يعلم بحصول الغرق هل يكون أم لا ، وأما الخطر من اللصوص ، والقطاع فهو معلوم له ، وللتجار لأنهم لايعطون مال السوكرة إلا عند شدة الخوف طمعا في أخذ بدل الهالك ، فلم تكن مسألتنا من هذا القبيل أيضا ، نعم : قد يكون للتاجر شريك حربي في بلاد الحرب ، فيعقد شريكه هذا العقد مع صاحب السوكرة في بلادهم ، ويأخذ منه بدل الهالك ، ويرسله إلى التاجر فالظاهر أن هذا يحل للتاجر أخذه لأن العقد الفاسد جرى بين حربيين في بلاد الحرب ، وقد وصل إليه مالهم برضاهم فلا مانع من أخذه ، وقد يكون التاجر في بلادهم ، فيعقد معهم هناك ، ويقبض البدل في بلادنا أو بالعكس ، ولاشك أنه في الأولى إن حصل بينهما خصام في بلادنا لاتقضي للتاجر بالبدل ، وإن لم يحصل خصام ودفع له البدل وكيله المستأمن هنا يحل له أخذه لأن العقد الذي صدر في بلادهم ، لاحكم له فيكون قد أخذ مال حربي برضاه وأما في صورة العكس بأن كان العقد في بلادنا ، والقبض في بلادهم ، فالظاهر أنه لايحل أخذه ، ولو برضا الحربي لا بتنائه على العقد الفاسد الصادر

(وتحرم غيبته كالمسلم) فتح .

وفيه : لو مات المستأمن فى دارنا وورثته ثمة وقف ماله لهم ، ويأخذوه ببينة ولو من أهل الذمة فبكفيل ولا يقبل كتاب ملكهم (وإذا أراد الرجوع إلى دار الحرب بعد الحول) ولو لتجارة أو قضاء حاجة كما يفيد الإطلاق نهر (منع) لأن عقد الذمة لاينقض ، ومفاده منع الذمى أيضا (كما) يمنع (لو وضع عليه الخراج) بأن ألزم به وأخذ منه

فى بلاد الإسلام ، فيعتبر حكمه هذا ماظهر لى فى تحرير هذه المسألة فاغتنمه فإنك لا تجده فى غير هذا الكتاب (قوله وتحرم غيبته كالمسلم) لأنه بعقد الذمة ، وجب له مالنا فإذا حرمت غيبة المسلم حرمت غيبته بل قالوا : إن ظلم الذمى أشد (قوله ويأخذوه ببينة) فى بعض النسخ : ويأخذونه ، وهو المناسب لعدم مايقتضى حذف النون (قوله ولو من أهل الذمة الخ) قال فى الفتح : فإن أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحسانا لأنهم لايمكنهم إقامتها من المسلمين لأن أنسابهم فى دار الحرب لايعرفها المسلمون ، فصار كشهادة النساء فيما لايطلع عليه الرجال فإذا قالوا لانعلم له وارثا غيرهم دفع إليهم المال ، وأخذ منهم كفيلا لما يظهر فى المـآل من ذلك قيل هو قولهما لاقول أبى حنيفة ، كما فى المسلمين وقيل بل قولهم جميعا ولايقبل كتاب ملكهم ولو ثبت أنه كتابه اهـ أى لأن شهادته وحده لاتقبل فكتابه بالأولى (قوله بعد الحول) أى بعد المدة التى عينها له الإمام حولا أو أقل أو أكثر (قوله كما يفيده الإطلاق) كذا بحثه فى البحر ، وتبعه فى النهر ، وهذا ظاهر إن خيف عدم عوده وإلا فلا كما يفيده التعليل الآتى (قوله لأن عقد الذمة لاينقض) لكونه خلفا عن الإسلام بحر ، وعبارة الزيلعى لأن فى عوده ضررا بالمسلمين بعوده حربا علينا ، وبتوالده فى دار الحرب وقطع الجزية اهـ ولايخفى أن المفهوم منه أن المراد بالعود اللحاق بدارهم بلا رجوع (قوله ومفاده منع الذمى أيضا) كذا فى النهر ؛ وهو مصرح به فى الفتح حيث قال : وتثبت أحكام الذمى فى حقه من منع الخروج إلى دار الحرب الخ :

قلت : والمراد الخروج على وجه اللحاق بهم ، إذ لو خرج لتجارة مع أمن عوده عادة لايمنع كالمسلم بقرينة التعليل المار فتدبر . ثم رأيت فى شرح السير الكبير أن الذمى لو أراد الدخول إليهم بأمان فإنه يمنع أن يدخل فرسا معه أو سلاحا لأن الظاهر من حاله أنه يبيعه منهم ، بخلاف المسلم إلا أن يكون معروفا بعداوتهم ، ولايمنع من الدخول بتجارة على البغال والحمير والسفن لأنه للحمل لكن يستحلف أنه لم يرد بيع ذلك منهم (قوله كما يمنع) الأولى أن يقول كما يصير ذميا ، كما قاله الإمام محمد رحمه الله تعالى فى السير الكبير : إذا دخل الحربى دار الإسلام بأمان فاشترى أرض خراج ، فوضع عليه الخراج فيها كان ذميا اهـ قال السرخسى : فيوضع عليه خراج رأسه ، ولايترك أن يخرج إلى داره لأن خراج الأرض لايجب إلا على من هو من أهل دار الإسلام فكان ذميا وفى الهداية وإذا لزمه خراج الأرض ، فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لأنه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه (قوله بأن ألزم به وأخذ منه) الظاهر أن المراد بالأخذ استحقاق الأخذ منه ، وهو معنى الوضع عليه فى عبارة الإمام محمد ، فليس المراد به الأخذ بالفعل بل هو تأكيد لرد ماقيل إنه يصير ذميا بمجرد الشراء ، وهو خلاف ظاهر الرواية ، لأنه قد يشتريها للتجارة قال فى الفتح : والمراد بوضعه إلزامه به وأخذه منه عند حلوك وقته ، وهو بمباشرة السبب ، وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها إذا كانت فى ملكه أو زراعتها بالإجارة وهى فى ملك غيره إذا كان خراج مقاسمة ، فإنه يؤخذ منه لامن المالك فيصير به ذميا بخلاف ما إذا كان على المالك اهـ أى بأن كان خراجا موظفا أى دراهم معلومة ، فإنه على مالك الأرض ، فلا يصير به المستأجر ذميا لأنه لايؤخذ منه أما خراج المقاسمة : وهو مايكون جزءا من الخارج كنصفه أو ثلثه فإنه يؤخذ من المستأجر ، لكن هذا على قولهما ، أما على

عند حلول وقته لأن خراج الأرض كخراج الرأس (أو صار لها) أى المستأمنة الكتابية (زوج مسلم أو ذمى) لتبعيتها له وإن لم يدخل بها (لاعكسه) لإمكان طلاقها ، ولو نكحها هنا فطالبته بمهرها فلها منعه من الرجوع تتارخانية . فلو لم يف حتى مضى حول ينبغى صيرورته ذميا على مامر عن الدرر ومنه علم حكم الدين الحادث فى دارنا (فإن رجع) المستأمن (إليهم) ولو لغير داره (حل دمه) لبطلان أمانه (فإن ترك وديعة عند معصوم) مسلم أو ذمى (أو دينا) عليهما (فأسر أو ظهر) بالبناء للمجهول بمعنى غلب (عليهم فأخذوه أو قتلوه سقط دينه) وسلمه وما غصب منه وأجرة عين أجرها لسبق يده (وصار ماله) كوديعته وما عند شريكه ومضاربه وما فى بيته فى دارنا (فيئا) .

واختلف فى الرهن ، ورجح فى النهر أنه للمرتهن بدينه . وفى السراج : لو بعث من يأخذ الوديعة والقرض

قوله فإن الخراج مطلقا على المالك ، وكذا الخلاف فى العشر ، وقد صرح بذلك السرخسى ، وهو الموافق لما تقدم فى باب العشر ، وقدمنا ترجيح قول الإمام هناك ففى إطلاق الفتح نظر لإيهامه أن ذلك متفق عليه عندنا ولم ينبه على ذلك فى البحر والنهر فتدبر (قوله كخراج الرأس) أى فى أنه إذ التزمه صار ملتزما المقام فى دارنا بحر (قوله أو صار لها الخ) أى تصير ذمية بذلك وظاهره أن النكاح حادث بعد دخولها دارنا ، وليس بشرط ، فإنهما لو دخلا دارنا ثم صار الزوج مسلما أو ذميا ، فهو كذلك كما أفاده فى البحر ، وقيد بالكتابية ، لأنها لو كانت مجوسية وأسلم زوجها يعرض القاضى عليها الإسلام ، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما ، ولها أن ترجع بعد انقضاء عدتها كما فى شرح السير (قوله لتبعيتها له) المراد بالتبعية كونها التزمت المقام معه كما فى البحر ، وهذا شامل للزوج المسلم والذمى فافهم (قوله وإن لم يدخل بها) فالشرط مجرد عقده عليها كما أشار إليه الزيلعى بحر (قوله لاعكسه) أى لا يصير المستأمن ذميا إذا نكح ذمية ، لأنه يمكنه طلاقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام ، وكذا لو دخلا بأمان فأسلمت بحر ومافى الهداية فى آخر كتاب الطلاق من أنه يصير ذميا بالتزوج فى دارنا غلط من الكاتب مخالف للنسخة الأصلية أفاده فى النهر (قوله على مامر عن الدرر) أى من أنه لايشترط قول الإمام إن قمت سنة وضعنا عليك الجزية (قوله ومنه الخ) أى من حكم المهر علم حكم غيره من الدين فإن للدائن منعه من الرجوع أيضا فإذا منعه ومضى حول صار ذميا (قوله فإن رجع المستأمن) ظاهره أنه لافرق بين كونه قبل الحكم بكونه ذميا ، أو بعده ، لأن الذمى إذا لحق بدار الحرب صار حربيا كما سيأتى بحر (قوله فأسر) أى من غير ظهور على دارهم بأن وجده مسلم فأسره (قوله بمعنى غلب) الأولى تأخيره عن قوله عليهم لقول المغرب ظهر عليه غلب (قوله فأخذوه) احترازعما لو هرب كما يأتى (قوله سقط دينه) لأن إثبات اليد عليه بواسطة المطالبة ، وقد سقطت ، ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فيختص به فيسقط ولا طريق لجعله فيئا لأنه الذى يؤخذ قهرا ، ولا يتصور ذلك فى الدين نهر ، وهذا معنى قوله الآتى لسبق يده فهو علة للكل (قوله وسلمه) أى لو أسلم إلى مسلم دراهم على شىء (قوله وما غصب منه) ذكره فى البحر بحثا ، وبنى عليه فى النهر السلم والأجرة (قوله وصار ماله) أفاد أن الدين ليس ماله لأنه ملك المديون ، وللمالك حق المطالبة به ليستوفى مثله لا عينه (قوله كوديعته) أى عند مسلم أو ذمى ملتقى قال ط وكذا غيره بالأولى وفى البحر : وإنما صارت وديعته غنيمة لأنها فى يده تقديرا لأن يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه ، وإذا صار ماله غنيمة لا خمس فيه وإنما يصرف كما يصرف الخراج ، والجزية لأنه مأخوذ بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة (قوله واختلف فى الرهن) فعند أبى يوسف للمرتهن بدينه وعند محمد يباع ويستوفى دينه والزيادة فىء للمسلمين وينبغى ترجيحه لأن مازاد على قدر الدين فى حكم الوديعة بحر ووده فى النهر بأن تقديم قول أبى يوسف يؤذن بترجيحه

وجب التسليم إليه انتهى . وعليه فيوفى منه دينه هنا ولو صارت وديعته فيئا (وإن قتل أو مات فقط) بلا غلبة عليه (فدينه وقرضه ووديعته لورثته) لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله ، كما لو ظهر عليه فهرب فماله له (حربى هنا له ثمة عرس وأولاد ووديعة مع معصوم وغيره فأسلم) هنا أو صار ذميا (ثم ظهرنا عليهم فكله فىء) لعدم يده وولايته ؛ ولو سبى طفله إلينا فهو قن مسلم (وإن أسلم ثمة فجاء) هنا (فظهرنا عليهم فطفله حر مسلم)

وهذا لأن الوديعة إنما كانت فيئا لما مر أنها فى يده حكما ولا كذلك الرهن اه وأجاب الحموى : بأنه على تسليم أن التقديم يفيد الترجيح دائما فيفيد أرجحية الأول فيما إذا كان الرهن قدر الدين ، أما الزيادة فقد صرحوا فى كتاب الرهن بأنها أمانة غير مضمونة وكذا قال ح : الحق مافى البحر وذكر نحو ذلك (قوله وجب التسليم إليه) لأن ماله لايصير فيئا إلا بأسره أو بقتله ولم يوجد أحدهما ط (قوله وعليه) أى على ماذكر من وجوب التسليم ، ووجه البناء أن طالب غريمه كطلبه بوكيله ، أو رسوله ، وهذه المسألة ذكرها فى البحر بحثا فقال : ولم أر حكم ما إذا كان على المستأمن دين لمسلم أو ذمى أدانه له فى دارنا ثم رجع ، ولايخفى أنه باق لبقاء المطالبة ، وينبغى أن يوفى من ماله المتروك ، ولو صارت وديعته فيئا اه ولايخفى أن فيما ذكره الشارح تبعا للنهر من بناء المسألة على ماقبلها تقوية للبحث ، وقد علمت وجهه وقال فى النهر ، فإن كانت الوديعة من غير جنس الدين باعها القاضى ووفى منها وقد أفتيت بذلك اه (قوله فماله له) وكذا دينه ويلزم من ذلك أنه لو أرسل من يأخذه وجب تسليمه كما لايخفى (قوله له ثمة) أى فى دار الحرب عرس بالكسر أى زوجة (قوله وأولاد) أى ولو صغارا لأن الصغير إنما يتبع أباه فى الإسلام عند اتحاد الدار بحر : أى ولو حكما لما فى شرح التحرير ، وكذا يتبعه إذا كان المتبوع فى دار الحرب ، والتابع فى دار الإسلام اه أى لأن المسلم فى دار الحرب من أهل دارنا :

مطلب مهم الصبى يتبع أحد أبويه فى الإسلام وإن كان يعقل مالم يبلغ وخلافه خطأ

[تنبيه] فى شرح السير الكبير لو دخل الصغير الذى يعبر عن نفسه دارنا لزيارة أبويه فإن كانا ذميين فله الرجوع إلى دار الحرب بخلاف ماإذا كانا مسلمين أو أحدهما فإنه يصير مسلما تبعا للمسلم منهما لأن الذى يعبر عن نفسه فى حكم التبعية فى الإسلام كالذى لايعبر عن نفسه قال وبهذا تبين خطأ من يقول من أصحابنا إن الذى لايعبر (١) عن نفسه لايصير مسلما تبعا لأبويه فقد نص محمد هاهنا على أنه يصير مسلما اه .

والحاصل : أنه تنقطع تبعية الولد فى الإسلام لأحد أبويه ببلوغه عاقلا كما صرح به السرخسى قبل ذلك ، ومقتضاه أنه لو بلغ مجنونا تبقى التبعية ، وبه ظهر مافى فتاوى العلامة ابن الشلبى من أن الصبى إذا عقل لايصير مسلما باسلام أحد أبويه ، فقد علمت أن هذا القول خطأ ، وقد نبهنا على ذلك فى باب نكاح الكافر ، وفى باب الجنائز عند قوله كصبى سبى مع أحد أبويه ، وبقى مالو ادعى الابن البلوغ ، وبرهن وادعى أبوه أنه قاصر وبرهن أيضا يريه القاضى أهل الخبرة ، وأما لو كانت الدعوى بعد مضى مدة تقدم بينة الأب إنه قاصر ، ليجعل الابن مسلما كما أفتى به الرحيمى ، وأطال فى تحقيقه فى فتاواه فى أواخر كتاب الدعوى (قوله ثم ظهرنا عليهم) أى على دارهم (قوله فكله) أى كل ماذكر من عرسه ومابعدها (قوله ولو سبى طفله الخ) قال فى البحر : ولو سبى الصبى فى هذه المسألة وصار فى دار الإسلام ، فهو مسلم تبعا لأبيه ، لأنهما اجتمعا فى دار واحدة ، بخلاف ماقبل إخراجه وهو فىء على كل حال اه لكن فى العزمية قوله : ولو سبى أى مع أمه فإنه لو سبى بدونها لاتظهر

---

(١) قوله (لايعبر) لفظة لاهنا زائدة كما لايخفى اه ناجى اه منه .

لاتحاد الدار (ووديعته مع معصوم له) لأن يده كيده محترمة (وغيره فئ) ولو عينا غصبها مسلم لعدم النيابة فتح (وللإمام) حق (أخذ دية مسلم لاولى له) أصلا (و) دية (مستأمن أسلم هنا من عاقلة قاتله خطأ) لقتله نفساً معصومة (وفى العمد له القتل) قصاصا (أو الدية) صلحا (لاالعفو) نظراً لحق العامة (حربى أو مرتد أو من وجب عليه قود التجأ بالحرم لايقتل بل يحبس عند الغـذاء ليخرج فيقتل) لأن من دخله فهو آمن بالنص وسيجىء فى الجنايات (لاتصير دار الإسلام دار حرب، إلا) بأمور ثلاثة :

فائدة التبعية بالأب ، فإنه يحكم بإسلامه بتبعية الدار على مامر فى كتاب الصلاة اه أى فى فصل الجنائز (قوله لاتحاد الدار) لأنه لما أسلم فى دار الحرب تبعه طفله درر . فالمراد بالدار دار الحرب فافهم ، وذلك لأن ماثبت يكون باقيا مالم يوجد مزيل ، ومثله لو لم يسلم بل بعث إلى الإمام إنى ذمة لكم أقيم فى دار الحرب ، وأبعث بالخراج كل سنة جاز ، ويكون الأب أحق به لما قلنا لأن الذمى لايملك بالقهر ، وكذا لو أسلم الأب فى دارنا أوصار ذميا ، ثم رجع حتى ظهرنا على دارهم تبعه طفله ولاسبيل عليه وتمامه فى شرح السير (قوله وغيره) أى غير ماذكر من الطفل والوديعة مع معصوم وهو أولاده الكبار وعرسه وعقاره ووديعته مع حربى درر (قوله لعدم النيابة) أى نيابة الغاصب عنه (قوله وللإمام حق أخذ دية الخ) زاد لفظ : حق إشارة إلى مافى البحر من أن أخذه الدية ليس لنفسه ، بل ليضعها فى بيت المال ، وهو المقصود من ذكرها هنا ، وإلا فحكم القتل الخطأ معلوم ، ولذا لم ينص على الكفارة لما سيأتى فى الجنايات (قوله ودية مستأمن أسلم هنا) أما إذا لم يكن مستأمنا أو لم يسلم لاشىء على قاتله كما فى شرح مسكين ، وتقدم قبيل هـذا الفصل مالو أسلم فى دار الحرب فقتله مسلم (قوله له القتل قصاصا) لأن الدية وإن كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد تعود عليهم من قتله منفعة أخرى وهى أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين بحر (قوله أو الدية صلحا) أى برضا القاتل، لأن موجب العمد هو القود بحر.

وحاصله : أن للإمام أن يقتل أو يصالح على الدية إن رضى القاتل بالصلح والظاهر أنه ليس له الصلح على أقل من الدية ، كما يفيده التعليل الآتى إلا إذا لم يمكن إثبات القتل عليه كما فى وصى اليتيم تأمل . قال فى الشرنبلالية وهل إذا طلب الإمام الدية ينقلب القصاص مالا كما فى الولى فلينتظر اه .

قلت : الظاهر : نعم لقول الفتح ، وإنما كان للسلطان ذلك أى القتل أو الصلح لأنه هو ولى المقتول قال عليه الصلاة والسلام « السلطان ولى من لا ولى له » اه (قوله نظرا لحق العامة) فإن ولايته عليهم نظرية ، وليس من النظر إسقاط حقهم بلا عوض فتح ، وفيه أيضا أنه لوكان المقتول لقيطا للإمام أن يقتل القاتل عندهما خلافا لأبى يوسف ، وتمامه فيه (قوله أو من وجب عليه قود) أى فى النفس ، أما فيما دونها فيقتص منه فى الحرم إجماعا ذكره الشارح فى الجنايات ط (قوله التجأ بالحرم) أفاد أنه لم ينشئ القتل فيه : فلو أنشأه فيه قتل فيه إجماعا ولو قتل فى البيت لايقتل فيه ذكره الشارح فى الجنايات ، وفى شرح السير : لوكانوا جماعة دخلوا الحرم للقتال فلا بأس أن نقاتلهم لقوله تعالى — حتى يقاتلوكم فيه — لأن حرمة الحرم لاتلزمنا تحمل أذاهم كالصيد إذا صال على إنسان فى الحرم ، جاز قتله دفعا لأذاه ولو قاتلوا فى غيره ، ثم انهزموا ودخلوا فيه لانتعرض لهم إلا إذا كانت لهم فئة فى الحرم ، وصارت لهم منعة لأن الملتجئ إلى فئة محارب وجميع ماذكر فى أهل الحرب هو كذلك فى الخوارج والبغاة اه .

مطلب فيما تصير به دار الإسلام دار حرب و بالعكس

(قوله لاتصير دار الإسلام دار حرب الخ) أى بأن يغلب أهل الحرب على دار من دورنا أو ارتد أهل مصر وغلبوا وأجروا أحكام الكفر أو نقض أهل الذمة العهد ، وتغلبوا على دارهم ، ففى كل من هذه الصور لاتصير

(بإجراء أحكام أهل الشرك ، وباتصالها بدار الحرب ، وبأن لايبقى فيها مسلم أو ذمى آمنا بالأمان الأول) على نفسه (ودار الحرب تصير دار الإسلام بإجراء أحكام أهل الإسلام فيها) كجمعة وعيد (وإن بقى فيها كافر أصلى وإن لم تتصل بدار الإسلام) درر ، وهذا ثابت فى نسخ المتن ساقط من نسخ الشرح فكأنه تركه لمجىء بعضه ووضوح باقيه .

باب العشر والخراج والجزية

دار حرب ، إلا بهذه الشروط الثلاثة وقالا : بشرط واحد لاغير وهو إظهار حكم الكفر وهو القياس هندية ، ويتفرع على كونها صارت دار حرب أن الحدود والقود لايجرى فيها وأن الأسير المسلم يجوز له التعرض لما دون الفرج ، وتنعكس الأحكام إذا صارت دار الحرب دار الإسلام فتأمل ط وفى شرح درر البحار قال بعض المتأخرين : إذا تحققت تلك الأمور الثلاثة فى مصر المسلمين ، ثم حصل لأهله الأمان ، ونصب فيه قاض مسلم ينفذ أحكام المسلمين عاد إلى دار الإسلام فمن ظفر من الملاك الأقدمين بشىء من ماله بعينه ، فهو له بلا بشىء ومن ظفر به بعد ماباعه مسلم أو كافر من مسلم ، أوذمى أخذه بالثمن إن شاء ومن ظفر به بعد ماوهبه مسلم ، أوكافر لمسلم أو ذمى وسلمه إليه أخذه بالقيمة إن شاء اهـ .

قلت : حاصله أنه لما صار دار حرب صار فى حكم مااستولوا عليه فى دارهم (قوله بإجراء أحكام أهل الشرك) أى على الاشتهار وأن لايحكم فيها بحكم أهل الإسلام هندية ، وظاهره أنه لو أجريت أحكام المسلمين ، وأحكام أهل الشرك لاتكون دار حرب ط (قوله وباتصالها بدار الحرب) بأن لايتخلل بينهما بلدة من بلاد الإسلام هندية ط وظاهره أن البحر ليس فاصلا ، بل قدمنا فى باب استيلاء الكفار أن بحر الملح ملحق بدار الحرب ، خلافا لما فى فتاوى قارئ الهداية .

قلت : وبهذا ظهر أن مافى الشام من جبل تيم الله المسمى بجبل الدروز وبعض البلاد التابعة كلها دار إسلام ، لأنها وإن كانت لها حكام دروز أو نصارى ، ولهم قضاة على دينهم وبعضهم يعلنون بشتم الإسلام والمسلمين لكنهم تحت حكم ولاة أمورنا وبلاد الإسلام محيطة ببلادهم من كل جانب وإذا أراد ولى الأمر تنفيذ أحكامنا فيهم نفذها (قوله بالأمان الأول) أى الذى كان ثابتا قبل استيلاء الكفار للمسلم بإسلامه وللذمى بعقد الذمة هندية ط .

[تتمة] ذكر فى أول جامع الفصولين كل مصر فيه وال مسلم من جهة الكفار ، يجوز منه إقامة الجمع والأعياد وأخذ الخراج وتقليد القضاء وتزويج الأيامى لإستيلاء المسلم عليهم وأما طاعة الكفرة فهى موادعة ومخادعة وأما فى بلاد عليها ولاة كفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد ، ويصير القاضى قاضيا بتراضى المسلمين ويجب عليهم طلب وال مسلم اهـ وقدمنا نحوه فى باب الجمعة عن البزازية (قوله وهذا) أى قوله حربى أو مرتد إلى آخر الباب وقوله لمجىء بعضه أى المسألة الأولى فإنها ستجىء فى الجنايات وقوله ووضوح باقيه أى مسألة الدار وفى وضوحها نظر والله سبحانه أعلم .

باب العشر والخراج والجزية

شروع فيما على المستأمن فى أرضه من الوظائف المالية إذا صار ذميا بعد الفراغ عما به يصير ذميا وذكر للعشر معه تتميما لوظيفة الأرض وقدمه لما فيه من معنى العبادة نهر وألحق به الجزية لأن المصرف واحد

(أرض العرب) وهي من حد الشام والكوفة إلى أقصى اليمن (وما أسلم أهله) طوعا (أو فتح عنوة وقسم بين جيشنا والبصرة) أيضا بإجماع الصحابة (عشرية) لأنه أليق بالمسلم، وكذا بستان مسلم أو كرمه كان داره درر ومر في باب العاشر بأتم من هذا وحررناه في شرح الملتقى (وسواد) قرى (العراق وحده من العذيب) بضم ففتح

(قوله أرض العرب) في مختصر تقويم البلدان جزيرة العرب خمسة أقسام: تهامة، ونجد، وحجاز، وعروض، ويمن فأما تهامة فهي الناحية الجنوبية من الحجاز، وأما نجد فهي الناحية التي بين الحجاز والعراق، وأما الحجاز فهو جبل يقبل من اليمن حتى يتصل بالشام، وفيه المدينة وعمان، وأما العروض فهو اليمامة إلى البحرين، وإنما سمي الحجاز حجازا لأنه حجز بين نجد واليمامة قال الواقدي: الحجاز من المدينة إلى تبوك، ومن المدينة إلى طريق الكوفة، وماوراء ذلك إلى أن يشارف البصرة، فهو نجد ومن المدينة إلى طريق مكة إلى أن يبلغ هبط العرج حجاز أيضا وماوراء ذلك إلى مكة وجدة فهو تهامة وما كان بين العراق وبين وجرة وغمرة الطائف فهو نجد وماوراء وجرة إلى البحر فهو تهامة ومابين تهامة ونجد فهو حجاز اهـ (قوله وهي من حد الشام) نظم بعضهم حدها طولا وعرضا بقوله:

جزيرة هذه الأعراب حدت | بحد علمه للحشر باقي
فأما الطول عند محققيه | فمن عدن إلى ربو العراق
وساحل جدة إن سرت عرضا | إلى أرض الشآم بالاتفاق

(قوله وماأسلم أهله) أي والأرض التي أسلم أهلها وذكر الضمير هنا وفيما سيأتي مراعاة للفظ مانهر (قوله عنوة) بالفتح قال الفارابي: وهو من الأضداد يطلق على الطاعة والقهر وهو المراد هنا نهر (قوله وقسم بين جيشنا) احترز به عما إذا قسم بين قوم كافرين غير أهله، فإنه خراجي كما في النتف، ولو قال: بيننا لشمل ماإذا قسم بين المسلمين غير الغانمين، فإنه عشري لأن الخراج لايوظف على المسلم ابتداء ذكره القهستاني در منتقى (قوله والبصرة أيضا) والقياس أن تكون خراجية عند أبي يوسف لأنها بقرب أرض الخراج، لكنه ترك القياس بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم در منتقى وغيره ؟

وحاصله: أنه سيأتي أن ما أحياه مسلم يعتبر قربة عند أبي يوسف وعند محمد يعتبر الماء والمعتمد الأول والبصرة أحياها المسلمون، لأنها بنيت في أيام عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وهي في حيز أرض الخراج فقياس قول أبي يوسف أن تكون خراجية (قوله لأنه أليق بالمسلم) أي لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج، وهذا علة لما أسلم أهله أو قسم بين جيشنا، وأما أرض العرب فلأنه لم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم، ولا عن أحد من الخلفاء أخذ خراج من أراضيهم، وكما لارق عليهم لاخراج على أراضيهم نهر وتمامه في الفتح (قوله وحررناه في شرح الملتقى) نصه وفي دار جعلت بستانا خراج إن كانت لذمي مطلقا خلافا لهما أو لمسلم سقاها بمائه أي الخراج، وإن سقاها بماء العشر فعشر، ولو أن المسلم أو الذمي سقاها مرة بماء العشر ومرة بماء الخراج، فالمسلم أحق بالعشر والذمي بالخراج كما في المعراج: واستشكل الباقاني وجوب الخراج على المسلم ابتداء فيما إذا سقاها بماء الخراج، بل عليه العشر بكل حال وفي الغاية عن السرخسي وهو الأظهر، وأجاب في البحر بأن الممنوع وضع في الخراج عليه جبر أما باختياره فيجوز كما هنا وكما لو أحيا مواتا بإذن الإمام، وسقاها بماء الخراج فعليه الخراج اهـ ح وسيأتي الكلام على ماء العشر والخراج (قوله وسواد قرى العراق) أي عراق العرب درر: في القاموس: سواد البلد قراها وإنما سمي به لخضرة أشجاره وكثرة زروعه

قرية من قرى الكوفة (إلى عقبة حلوان) بن عمران بضم فسكون قرية بين بغداد وهمزان (عرضا ومن الغلث) بفتح فسكون فمثلثة قرية شرقى دجلة موقوفة على العلوية ، وما قيل من الثعلبة بفتح فسكون غلط مصنف عن المغرب (إلى عبادان) بالتشديد حصن صغير بشط البحر فى المثل ، ليس وراء عبادان قرية مستصفى (طولا) وبالأيام اثنان وعشرون يوما ونصف وعرضه عشرة أيام سراج (وما فتح عنوة و) لم يقسم بين جيشنا إلا مكة سواء (أقر أهله عليه) أو نقل إليه كفار أخر (أو فتح صلحا خراجية) لأنه أليق بالكافر (وأرض السوادمملوكة

والعراق بالكسر اسم البصرة ، والكوفة وبغداد ونواحيها در منتقى وعليه فقوله قرى بدل من سواد أو تفسير على إسقاط أى التفسيرية ، والاحتراز بعراق العرب عن عراق العجم ، وهو من الغرب أدربيجان (١) ومن الجنوب شيء من العراق ، وخورستان ومن الشرق مفازة خراسان وفارس ومن الشمال بلاد الديلم وقرفين كما فى تقويم البلدان (قوله قرية من قرى الكوفة) الذى فى تقويم البلدان أنه ماء لبنى تميم ،وهو أول ماء يلقى الإنسان بالبادية إذا سار من قادسية الكوفة يريد مكة اه ولعله أراد بالقرية القادسية المذكورة ، ويؤيده أنه فى تقويم البلدان جعلها الحد فإنه قال وامتداد العراق طولا شمالا وجنوبا من الحديثة على دجلة إلى عبدان وامتداده عرضا غربا وشرقا من القادسية إلى حلوان (قوله بضم فسكون) أى بضم الحاء وسكون اللام (قوله من الثعلبة) الذى رأيته فى غير الثعلبية بياء النسبة (قوله غلط) لأنها من منازل البادية بعد العذيبة بكثير كما نقل عن ذخيرة العقبى (قوله حصن صغير بشط البحر) أى بحر فارس ، وهو يدور بها فلا يبقى منها فى البر إلا القليل وهى عن البصرة مرحلة ونصف كذا فى تقويم البلدان (قوله وبالأيام الخ) قال فى تقويم البلدان والسائر من تكريت ، وهى على النهاية الشمالية للعراق إلى عبدان : وهى على النهاية الجنوبية له على تقويس الحد الشرقى مسافة شهر ، وكذلك من تكريت إلى عبدان إذا سار على تقويس الحد الغربى أعنى من تكريت إلى الأنبار إلى واسط إلى البصرة إلى عبادان فيكون دور العراق مسافة شهرين وطوله على الاستقامة من تكريت إلى عبدان نحو عشرين مرحلة وعرض العراق من القادسية إلى حلوان نحو إحدى عشرة مرحلة اه تأمل . وهذا تحديد العراق بتمامه وأما تحديد سواده ، ففى البحر عن البناية عن شرح الوجيز : طول سواد العراق مائة وستون فرسخا وعرضه ثمانون فرسخا ومساحته ستة وثلاثون ألف ألف جريب اه (قوله إلامكة) فإنها وإن فتحت عنوة ، لكنها عشرية لأنها من جزيرة العرب كما مر (قوله سواء أقر أهله عليه الخ) أشار إلى أن قول المصنف تبعا للكنز ، وأقر أهله عليه ليس بشرط فى كونها خراجية بل الشرط عدم قسمتها ، صرح بذلك فى شرح الطحاوى كما فى النهر ، ولم يقيد كونها خراجية بأن تسقى بماء الخراج لأنه لافرق بينه وبين ما إذا سقيت بماء العشر كما إذا قسمت بين المسلمين ، فإنها عشرية ، وإن سقيت بماء الخراج ، وإنما التفصيل فى الفرق بين مايسقى بماء العشر أو بماء الخراج فى الأرض المحياة لمسلم التى لم تقسم ،ولم يقر أهلها عليها كماحققه فى البحر تبعاللفتح وغيره ويأتى بتمامه (قوله لأنه أليق بالكافر) لأنه يشبه الجزية لمافيه من معنى العقوبة ولأن فيه تغليظا حيث يجب وإن لم يزرع بخلاف العشر لتعلقه بعين الخارج لابالأرض .

مطلب فى أن أرض العراق والشام ومصر عنوة خراجية مملوكة لأهلها

(قوله وأرض السواد) أى سواد العراق أى قراه وكذا كل مافتح عنوة وأقر أهله عليه أوصولحوا ووضع الخراج على أراضيهم : فهى مملوكة لأهلها درمنتقى قلت : وكذا أرض الشام ومصر فتحت عنوة على الصحيح

---

(١) قوله (أدربيجان) هكذا بخطه بالدال المهملة وذكرها فى المصباح فى الألف مع الذال المعجمة وما يثلثهما، وذكر فيها ضبطين أولها فتح الهمزة والراء وسكون الذال بينهما وثانيهما ضم الهمزة والذال وإسكان الراء اه مصححه .

لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) هداية ، وعند الأئمة الثلاثة هى موقوفة على المسلمين فلم يجز بيعهم فتح (ويجب الخراج فى أرض الوقف) إلا المشتراة من بيت المال إذا وقفها مشتريها فلا عشر ولا خراج شرنبلالية معزيا للبحر ، وكذا لو لم يوقفها كما ذكرته فى شرح الملتقى (والصبى والمجنون لو) كانت الأرض (خراجية والعشر

وأقر أهلها عليها بالخراج فقد قال أبو يوسف فى كتاب الخراج : وهذه الأرضون إذا قسمت فهى أرض عشر وإن تركها الإمام فى أيدى أهلها الذين قهروا عليها فهو حسن فإن المسلمين افتتحوا أرض العراق والشام ومصر ، ولم يقسموا شيئا من ذلك بل وضع عمر رضى الله عنه عليها الخراج ، وليس فيها خمس اه ملخصا فقد أفاد أنها مملوكة لأهلها .

مطلب فى جواز بيع الأراضى المصرية والشامية

(قوله ويجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) أى بالرهن والهبة ، لأن الإمام إذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ، ويضع عليها الخراج وعلى رؤوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها ، وقدمناه قبل باب قسمة الغنائم فتح قال فى الدر المنتقى : وتورث عنهم إلى أن لا يبقى منهم أحد فينتقل الملك لبيت المال الخ ويأتى تمامه (قوله ويجب الخراج فى أرض الوقف) أى الأرض الخراجية ، كما يأتى تقييده فى قوله لو خراجية الخ .

والحاصل : أن الأرض تبقى وظيفتها بعد الوقف كما كانت قبله .

مطلب أراضى المملكة والحوز لا عشرية ولا خراجية

(قوله فلا عشر ولا خراج) لم يذكر فى البحر العشر وإنما قال بعد ما حقق : أن الخراج ارتفع عن أراضى مصر ، لعودها إلى بيت المال بموت ملاكها قال : فإذا اشتراها إنسان من الإمام بشرطه شراء صحيحا ملكها ، ولا خراج عليها ، فلا يجب عليه الخراج ، لأن الإمام قد أخذ البدل للمسلمين فإذا وقفها وقفها سالمة من المؤن ، فلا يجب الخراج فيها وتمامه فيما كتبناه فى التحفة المرضية فى الأراضى المصرية اه . نعم ذكر العشر فى تلك الرسالة فقال : إنه لا يجب أيضا لأنه لم ير فيه نقلا .

قلت : ولا يخفى ما فيه لأنهم قد صرحوا بأن فرضية العشر ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، وبأنه زكاة الثمار والزروع وبأنه يجب فى الأرض الغير الخراجية ، وبأنه يجب فيما ليس بعشرى ولا خراجى كالمفاوز والجبال ، وبأن سبب وجوبه الأرض النامية بالخارج حقيقة ، بأنه يجب فى أرض الصبى والمجنون والمكاتب ، لأنه مؤنة الأرض ، وبأن الملك غير شرط فيه بل الشرط ملك الخارج ؛ فيجب فى الأراضى الموقوفة لعموم قوله تعالى — أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض — وقوله تعالى — وآتوا حقه يوم حصاده — وقوله صلى الله عليه وسلم « ما سقت السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر » ولأن العشر يجب فى الخارج لا فى الأرض ، فكان ملك الأرض وعدمه سواء كما فى البدائع . ولا شك أن هذه الأرض المشتراة وجد فيها سبب الوجوب وهو الأرض النامية وشرطه وهو ملك الخارج ، ودليله وهو ما ذكرنا وقول المتن : يجب العشر فى مسقى سماء وسيح الخ فالقول بعدم الوجوب فى خصوص هذه الأرض يحتاج إلى دليل خاص ، ونقل صريح ولا يلزم من سقوط الخراج المتعلق بالأرض سقوط العشر المتعلق بالخارج على أنه قد ينازع فى سقوط الخراج ، حيث كانت من أرض الخراج أو سقيت بمائه بدليل أن الغازى الذى اختط له الإمام دارا لا شىء عليه فيها فإذا جعلها بستانا ، وسقاها بماء العشر ، فعليه العشر أو بماء الخراج فعليه الخراج كما يأتى مع أن الواقع الآن فى كثير من القرى أو المزارع الموقوفة أنه يؤخذ منها للميرى النصف أو الربع ، أو العشر وقد نبهنا على ذلك فى باب العشر من كتاب الزكاة (قوله لو كانت الأرض خراجية) شرط لقوله ويجب الخراج وقوله والعشر

لو عشرية) درر ومر فى الزكاة وقالوا أراضى الشام ومصر خراجية وفى الفتح المأخوذ الآن من أراضى مصر أجرة لاخراج ،

عطف على الخراج (قوله وقالوا الخ) هو مصرح به فى الهداية وغيرها .

والحاصل : الاتفاق على أنها خراجية وإنما اختلاف العلماء فى أنها فتحت عنوة ، أو صلحا ولا يؤثر فى كونها خراجية لأنها تكون خراجية إذا لم يسلم أهلها سواء فتحت عنوة ، ومن على أهلها بها أو صلحا ، ووضع عليهم الجزية كما مر آنفا .

مطلب لاشىء على زراع الأراضى السلطانية من عشر أو خراج سوى الأجرة

(قوله المأخوذ الآن من أراضى مصر أجرة لاخراج) وكذا أراضى الشام كما يأتى عن فضل الله الرومى ، وقال فى الدر المنتقى فيؤجرها الإمام ، ويأخذ جميع الأجرة لبيت المال ، كدار صارت لبيت المال ، واختار السلطان استغلالها وإن اختار بيعها فله ذلك إما مطلقا أو لحاجة فثبت أن بيع الأراضى المصرية وكذا الشامية صحيح مطلقا إما من مالكها (١) أو من السلطان فإن كان من مالكها انتقلت بخراجها ، وإن من السلطان فإن لعجز مالكها عن زراعتها فكذلك ، وإن لموت مالكها فقدمنا أنها صارت لبيت المال وإن الخراج سقط عنها فإذا باعها الإمام لايجب على المشترى خراج سواء وقفها أو أبقاها .

قلت : وهذا نوع ثالث يعنى لاعشرية ولا خراجية من الأراضى تسمى أرض المملكة ، وأراضى الحوز ، وهو من مات أربابه بلا وارث وآل لبيت المال أو فتح عنوة ، وأبقى للمسلمين إلى يوم القيامة وحكمه على ما فى التتارخانية أنه يجوز للإمام دفعه للزراع بأحد طريقين إما بإقامتهم مقام الملاك فى الزراعة وإعطاء الخراج ، وأما بإجارتها لهم بقدر الخراج ، فيكون المأخوذ فى حق الإما خراجا ، ثم إن كان دراهم فهو خراج موظف ، وإن كان بعض الخارج فخراج مقاسمة وأما فى حق الإكراء فأجرة لاغير لاعشر ولا خراج فلما دل الدليل على عدم لزوم المؤنتين العشر والخراج فى أراضى المملكة والحوز كان المأخوذ منها أجرة لاغير اه مافى الدرر المنتقى ملخصا .

مطلب لاشىء على الفلاح لو عطلها ولو تركها لايجبر عليها

قلت : فعلى هذا لاشىء على زراعها من عشر أو خراج إلا على قولهما بأن العشر على المستأجر كما مر فى بابه على أنك علمت أن المأخوذ ليس أجرة من كل وجه ، بل هو فى حق الإمام خراج ، ولايجتمع عشر مع خراج تأمل ثم رأيت فى الخيرية الزارع فى الأرض الوقف عامل بالحصة وهو كالمستأجر ، وليس عليه خراج قال فى الإسعاف وإذا دفع المتولى الأرض مزارعة فالخراج أو العشر من حصة أهل الوقف ، لأنها إجارة معنى ، وبمثله نقول : إذا كانت الأرض لبيت المال ، وتدفع مزارعة للمزارعين ، فالمأخوذ منهم بدل إجارة لاخراج كما صرح به الكمال وغيره ومما هو مصرح به أن خراج المقاسمة ، لا يلزم بالتعطيل ، فلا شىء على الفلاح لو عطلها وهو غير مستأجر لها ولا جبر عليه بسببها وبه علم أن بعض المزارعين إذا ترك الزراعة وسكن مصرا فلا شىء عليه ، فما تفعله الظلمة من الإضرار به حرام صرح به فى البحر والنهر اه ملخصا لكن إذا كان المأخوذ من المزارعين كالربع أو الثلث ، من الغلة بدل إجارة كما مر ، يلزم أن يكون استئجار الأرض ببعض الخارج منها ، وهو فاسد لجهالته ، فما وجه الجواز هنا قال فى الدر المنتقى : والجواب ما قلنا إنه جعل فى حق الإمام خراجا وفى حق

---

(١) قوله (إما من مالكها) أى الذى تملكها يوم الفتح أو ممن ورثه أو من شراه منه أو من وارثه اه منه .

ألا ترى أنها ليست مملوكة للزراع كأنه لموت المالكين شيئا فشيئا بلا وارث فصارت لبيت المال

الأكرة أجرة لضرورة عدم صحة الخراج حقيقة وحكما لما مر اه أى لعدم من يجب عليه بسبب موت أهلها ، وصيرورتها لبيت المال :

قلت : لكن يمكن جعلها مزارعة كما مر فى كلام الخيرية : وهى فى معنى الإجارة لا إجارة حقيقة ، ولهذا قال فى الفتح إن المأخوذ بدل إجارة :

مطلب القول لذى اليد أن الأرض ملكه وإن كانت خراجية

ثم اعلم : أن أراضى بيت المال المسماة بأراضى المملكة وأراضى الحوز إذا كانت فى أيدى زراعها لاتنزع من أيديهم ماداموا يؤدون ماعليها ، ولاتورث عنهم إذا ماتوا ، ولايصح بيعهم لها ولكن جرى الرسم فى الدولة العثمانية أن من مات عن ابن انتقلت لابنه مجانا ، وإلا فلبيت المال ، ولو له بنت أو أخ لأب له أخذها بالإجارة الفاسدة وإن عطلها متصرف ثلاث سنين ، أو أكثر بحسب تفاوت الأرض تنزع منه وتدفع لآخر ، ولايصح فراغ أحدهم عنها لآخر بلا إذن السلطان أو نائبه كما فى شرح الملتقى ، وتمام الكلام على ذلك قد بسطناه فى تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله ألا ترى أنها ليست مملوكة للزراع الخ) هذا من كلام الفتح وأقره فى البحر .

قلت : لكن عدم ملك الزراع فى الأراضى الشامية غير معلوم لنا إلا فى نحو القرى والمزارع الموقوفة أو المعلوم كونها لبيت المال أما غيرها فنراهم يتوارثونها ، ويبيعونها جيلا بعد جيل ، وفى شفعة الفتاوى الخيرية : سئل فى أخوة لهم أراض مغروسة ، ولرجل أرض مغروسة مجاورة لها ، وطريق الكل واحد باع الرجل أرضه هل لهم أخذها بالشفعة ولا يمنع من ذلك كونها خراجية ؟ أجاب : نعم لهم الأخذ بالشفعة ، وكونها خراجية لايمنع ذلك إذ الخراج لاينافى الملك ففى التتارخانية وكثير من كتب المذهب : وأرض الخراج مملوكة وكذلك أرض العشر يجوز بيعها وإيقافها وتكون ميراثا كسائر أملاكه ، فتثبت فيها الشفعة ، وأما الأراضى التى حازها السلطان لبيت المال ويدفعها للناس مزارعة لاتباع فلا شفعة فيها فإذا ادعى واضع اليد الذى تلقاها شراء أو إرثا أو غيرهما من أسباب الملك أنها ملكه ، وأنه يؤدى خراجها ، فالقول له أو على من يخاصمه فى الملك البرهان إن صحت دعواه عليه شرعا ، واستوفيت شروط الدعوى ، وإنما ذكرت ذلك لكثرة وقوعه فى بلدنا حرصا على نفع هذه الأمة بإفادة هذا الحكم الشرعى الذى يحتاج إليه كل حين والله تعالى أعلم اه مافى الخيرية .

ولا يخفى أنه كلام حسن جار على القواعد الفقهية وقد قالوا إن وضع اليد والتصرف من أقوى مايستدل به على الملك ، ولذا تصح الشهادة بأنه ملكه ، وفى رسالة الخراج لأبى يوسف : وأيما قوم من أهل الخراج ، أو الحرب بادوا فلم يبق منهم أحد ، وبقيت أرضهم معطلة ، ولايعرف أنها فى يد أحد ، ولا أن أحدا يدعى فيها دعوى ، وأخذها رجل فحرثها وغرس فيها ، وأدى عنها الخراج أو العشر ، فهى له وهذه الموات التى وصفت لك ، وليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف اه وقدمنا عنه أيضا أن أرض العراق والشام ومصر عنوية خراجية تركت لأهلها الذين قهروا عليها ، وفى شرح السير الكبير للسرخسى : فإن صالحوهم على أراضيهم ، مثل أرض الشام مدائن وقرى ، فلا ينبغى للمسلمين أن يأخذوا شيئا من دورهم وأراضيهم ، ولا أن ينزلوا عليهم منازلهم ، لأنهم أهل عهد وصلح اه فإذا كانت مملوكة لأهلها فمن أين يقال إنها صارت لبيت المال باحتمال أن أهلها كلهم ماتوا بلاوارث فإن هذا الاحتمال لاينفى الملك الذى كان ثابتا ، وقد سمعت التصريح فى المتن تبعا للهداية ، بأن أرض سواد العراق مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها ، وتصرفهم فيها ، وكذلك أرض مصر والشام كما سمعته ، وهذا على مذهبنا ظاهر وكذا

عند من يقول إنها وقف على المسلمين فقد قال الإمام السبكى : أن الواقع فى هذه البلاد الشامية والمصرية ، أنها فى أيدى المسلمين ، فلا شك أنها لهم إما وقفا ، وهو الأظهر من جهة عمر رضى الله عنه وإما مالكا ، وإن لم يعرف من انتقل منه إلى بيت المال ، فإن من بيده شيء لم يعرف من انتقل إليه منه يبقى فى يده ، ولا يكلف بينة ثم قال : ومن وجدنا فى يده أو ملكه مكانا منها ، فيحتمل أنه أحيى ، أو وصل إليه وصولا صحيحا اه .

مطلب ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف

قال المحقق ابن حجر المكى فى فتاواه الفقهية بعد نقله كلام السبكى : فهذا صريح فى أنا نحكم لذوى الأملاك والأوقاف ببقاء أيديهم على ما هى عليه ، ولا يضرنا كون أصل الأراضى ملكا لبيت المال ، أو وقفا على المسلمين لأن كل أرض نظرنا إليها بخصوصها ، لم يتحقق فيها أنها من ذلك الوقف ، ولا الملك ، لاحتمال أنها كانت مواتا وأحييت وعلى فرض تحقق أنها من بيت المال ، فإن استمرار اليد عليها والتصرف فيها تصرف الملاك فى أملاكهم أو النظار فيما تحت أيديهم الأزمان المتطاولة قرائن ظاهرة ، أو قطعية على اليد المفيدة ، لعدم التعرض لمن هى تحت يده وعدم انتزاعها منه قال السبكى : ولو جوزنا الحكم برفع الموجود المحقق : أى وهو اليد بغير بينة ، بل بمجرد أصل مستصحب ، لزم تسليط الظلمة على ما فى أيدى الناس ، ثم قال ابن حجر بعد كلام طويل : إذا تقرر ذلك بان لك واتضح اتضاحا لا يبقى معه ريبة أن الأراضى التى فى أيدى الناس بمصر والشام المجهول انتقالها إليهم تقر فى أيدى أربابها ، ولا يتعرض لهم فيها بشيء أصلا ، لأن الأئمة إذا قالوا فى الكنائس المبنية للكفر إنها تبقى ، ولا يتعرض لها عملا بذلك الاحتمال الضعيف أى كونها كانت فى برية ، فاتصلت بها عمارة المصر فأولى أن يقولوا ببقاء تلك الأراضى بيد من هى تحت أيديهم ، باحتمال أنها كانت مواتا فأحييت ، أو أنها انتقلت إليهم بوجه صحيح اه .

مطلب فيما وقع من الملك الظاهر بيبرس من إرادته انتزاع العقارات من ملاكها لبيت المال

وقد أطال رحمه الله تعالى فى ذلك إطالة حسنة ردا على من أراد انتزاع أوقاف مصر وإقليمها ، وإدخالها فى بيت المال ، بناء على أنها فتحت عنوة ، وصارت لبيت المال ، فلا يصح وقفها قال : وسبقه إلى ذلك الملك الظاهر بيبرس ، فإنه أراد مطالبة ذوى العقارات بمستندات تشهد لهم بالملك ، وإلا انتزعها من أيديهم متعللا بما تعلل به ذلك الظالم ، فقام عليه شيخ الإسلام الإمام النووى رحمه الله تعالى ، وأعلمه بأن ذلك غاية الجهل والعناد وأنه لا يحل عند أحد من علماء المسلمين بل من فى يده شيء فهو ملكه ، لا يحل لأحد الاعتراض عليه ، ولا يكلف إثباته ببينة ولا زال النووى رحمه الله تعالى يشنع على السلطان ، ويعظه إلى أن كف عن ذلك ، فهذا الحبر الذى اتفقت علماء المذاهب على قبول نقله والاعتراف بتحقيقه وفضله نقل إجماع العلماء على عدم المطالبة بمستند عملا باليد الظاهر فيها أنها وضعت بحق اه .

قلت : فإذا كان مذهب هؤلاء الأعلام ، أن الأراضى المصرية والشامية أصلها وقف على المسلمين ، أو لبيت المال ومع ذلك لم يجيزوا مطالبة أحد يدعى شيئا أنه ملكه بمستند يشهد له بناء على احتمال انتقاله إليه ، بوجه صحيح فكيف يصح على مذهبنا بأنها مملوكة لأهلها أقروا عليها بالخراج ، كما قدمناه أنه يقال إنها صارت لبيت المال ، وليست مملوكة للزراع ، لاحتمال موت المالكين لها شيئا فشيئا بلا وارث ، فإن ذلك يؤدى إلى إبطال أوقافها وإبطال المواريث فيها

وعلى هذا فلا يصح بيع الإمام ، ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لأنه كوكيل اليتيم فلا يجوز إلا لضرورة والعياذ بالله تعالى زاد فى البحر أو رغب فى العقار بضعف قيمته

وتعدى الظلمة على أرباب الأيدى الثابتة المحققة فى المدد المطاولة بلا معارض ، ولا منازع ، ووضع العشر أو الخراج عليها لا ينافى ملكيتها كما مر ، وهو صريح قول المصنف ، وغيره هنا أن أرض سواد العراق خراجية وأنها مملوكة لأهلها واحتمال موت أهلها ، بلا وارث لا يصلح حجة فى إبطال اليد المثبتة للملك فإنه مجرد احتمال لم ينشأ عن دليل ، ومثله لا يعارض المحقق الثابت ، فإن الأصل بقاء الملكية واليد أقوى دليل عليها ، فلا تزول إلا بحجة ثابتة وإلا لزم أن يقال مثل ذلك فى كل مملوك بظاهر اليد ، مع أنه لا يقول به أحد ، وقد سمعت نقل الإمام النووى الإجماع على عدم التعرض مع أن مذهبه أن تلك الأراضى فى الأصل غير مملوكة لأهلها بل هى وقف ، أو ملك لبيت المال فعلى مذهبنا بالأولى واحتمال كون أهلها ماتوا بلا وارث بعد الإمام النووى أبعد البعد ، وهذا ابن حجر المكى بعد النووى بمئات من السنين وقد سمعت كلامه .

والحاصل فى الأراضى الشامية والمصرية ونحوها : أن ما علم منها كونه لبيت المال بوجه شرعى فحكمه ما ذكره الشارح عن الفتح ، وما لم يعلم فهو ملك لأربابه والمأخوذ منه خراج لا أجرة ؛ لأنه خراجى فى أصل الوضع ، فاغتنم هذا التحرير ، فإنه صريح الحق الذى يعض عليه بالنواجذ وإنما أطلت فى ذلك لأنى لم أر من تعرض لذلك هنا بل تبعوا المحقق الكمال فى ذلك والحق أحق أن يتبع ولعل مراد المحقق ومن تبعه الأراضى التى علم كونها لبيت المال والله تعالى أعلم .

مطلب فى بيع السلطان وشرائه أراضى بيت المال

(قوله وعلى هذا) أى على كونها صارت لبيت المال (قوله من وكيل بيت المال) متعلق بشراؤه ، وهو من نصبه الإمام قيما على بيت المال ، وأما البيع فيصح بيعه بنفسه ، بخلاف الشراء ؛ فإن وصى اليتيم لا يصح شراؤه مال اليتيم ، فلذا قيد الشراء بكونه من الوكيل وفى الخانية والخلاصة : فإن أراد السلطان أن يأخذها لنفسه يبيعها من غيره ، ثم يشترى من المشترى اهـ وفى التجنيس : إذا أراد السلطان أن يشتريها لنفسه أمر غيره أن يبيعها من غيره ، ثم يشتريها لنفسه من المشترى ، لأن هذا أبعد من التهمة اهـ (قوله لأنه كوكيل اليتيم) أى كوصيه وسماه وكيلا مشاكلة (قوله فلا يجوز إلا لضرورة) أى بأن احتاج بيت المال ، لكن نازعه صاحب البحر فى رسالته بإطلاق ما مر آنفا عن الخانية والخلاصة فإنه يدل على جواز البيع للإمام مطلقا ، وبما فى الزيلعى من أن للإمام ولاية عامة ، وله أن يتصرف فى مصالح المسلمين والاعتياض عن المشترك العام جائز من الإمام ، ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح بيعه فقوله شيئا نكرة فى سياق الشرط يعم العقار وغيره لحاجة وغيرها (قوله زاد فى البحر) أى زاد على قوله إلا لضرورة قوله أو رغب فى العقار الخ ، وعبر عن هذه الزيادة فى التحفة المرضية بقوله : أو مصلحة فافهم .

قلت : وسنذكر آخر الباب أن للإمام أن يقطع من بيت المال الأرض لمن يستحق ، وأن هذا تمليك رقبتها كما سنحققه ، وعلى هذا فيمكن شراؤها من المستحق .

على قول المتأخرين المفتى به .

قلت : وسيجىء فى باب الوصى جواز بيع عقار الصبى فى سبع مسائل ، وأفتى مفتى دمشق فضل الله الرومى بأن غالب أراضينا سلطانية لانقراض ملاكها ، فآلت لبيت المال ، فتكون فى يد زراعها كالعارية اهـ وفى النهر عن الواقعات : لو أراد السلطان شراءها لنفسه يأمر غيره ببيعها ثم يشتريها منه لنفسه انتهى ، وإذا لم يعرف الحال فى الشراء من بيت المال فالأصل الصحة وبه عرف صحة وقف المشتراة من بيت المال وأن شروط الواقفين صحيحة

(قوله على قول المتأخرين) أى فى وصى اليتيم أنه ليس له بيع العقار إلا فى المسائل السبع الآتية وهو المفتى به وعند المتقدمين له البيع مطلقا ، واختاره الاسبيجابى وصاحب المجمع وكثير كما فى التحفة المرضية (قوله فى سبع مسائل) ونصه وجاز بيعه عقار صغير من أجنبى ، لا من نفسه بضعف قيمته أو لنفقة الصغير ، أو دين الميت أو وصية مرسلة لا إنفاذ لها إلا منه أو تكون غلته لا تزيد على مؤنته أو خوف خرابه أو نقصانه ، أو كونه فى يد متغلب اهـ ح (قوله فضل الله الرومى) فى بعض النسخ الرضى ولعله تحريف (قوله بأن غالب أراضينا) الظاهر أن المراد الأراضى الشامية ، ويحتمل أن يكون المراد الأراضى الرومية ، ويؤيد الأول ماقدمناه عن الدر المنتقى من قوله : وكذا الشامية حيث جعلها مثل المصرية ، وكان هذا مأخوذ من كلام الفتح المار وقد علمت مافيه (قوله كالعارية) وجه الشبه بينهما عدم تصرف من هى فى يده تصرف الملاك من البيع ونحوه اهـ ح فلا ينافى مامر عن التتارخانية من أنها تكون فى أيديهم بالأجرة بقدر الخراج ، وسيذكر الشارح أن من أقطعه السلطان أرضا فله إجارتها (قوله ثم يشتريها منه) يعنى من المشترى كما قدمنا التصريح به فى عبارة التجنيس ، وظاهر هذا أنه لاتشترط الضرورة فى صحة البيع والشراء كمامر (قوله وإذا لم يعرف الحال فى الشراء الخ) أى لم يعرف أنه شراء صحيح ، وجد فيه المسوغ الشرعى بناء على مامر عن الفتح من أنه لا يجوز إلا لضرورة (قوله فالأصل الصحة) حملا لحال المسلم على الكمال (قوله وبه عرف الخ) هذا كله أيضا من كلام النهر ، وأصله لصاحب البحر .

مطلب فى وقف الأراضى التى لبيت المال ومراعاة شروط الواقف

حاصله أن من اشترى أرضا مما صار لبيت المال فقد ملكها ، وإن لم يعرف حال الشراء حملا له على الصحة ولا خراج عليها بناء على مامر من أنها لما مات ملاكها بلا ورثة عادت لبيت المال وسقط خراجها لعدم من يجب عليه فإذا باعها الإمام لم يجب على المشترى خراجها لقبض الإمام ثمنها وهو بدل عينها وتقدم أيضا أنه لاعشر عليها أيضا وقدمنا مافى ذلك وحيث ملكها بالشراء صح وقفه لها وتراعى شروط وقفه قال فى التحفة المرضية سواء كان سلطانا أو أميرا أو غيرهما ، وماذكره الجلال السيوطى من أنه لايراعى شروطه إن كان سلطانا أو أميرا وأنه يستحق ريعه من يستحق فى بيت المال ، من غير مباشرة للوظائف ، فمحمول على ما إذا وصلت إلى الواقف بإقطاع السلطان إياه من بيت المال كما لايخفى اهـ .

وحاصله أن ماذكره السيوطى لايخالف ماقلنا لأنه محمول على ما إذا لم يعرف شراء الواقف لها من بيت المال بل وصلت إليه بإقطاع السلطان لها : أى بأن جعل له خراجها مع بقاء عينها لبيت المال فلم يصح وقفه لها ، ولاتلزم شروطه ، بخلاف ما إذ ملكها ثم وقفها كما قلنا .

مطلب أوقاف الملوك والأمراء لايراعى شرطها

قلت : لكن بقى ما إذا لم يعرف شراؤه لها ولا عدمه ، والظاهر أنه لايحكم بصحة وقفها لأنه لايلزم من وقفه لها أنه ملكها ولهذا قال السيد الحموى فى حاشية الأشباه قبيل قاعدة : إذا اجتمع الحلال والحرام مانصه :

وأنه لاخراج على أراضيها (وموات أحياه ذمى بإذن الإمام) أو رضخ له كما مر (خراجى ولو أحياه مسلم اعتبر قربه) ماقارب الشيء يعطى حكمه

وقد أفتى علامة الوجود المولى أبو السعود مفتى السلطنة السليمانية بأن أوقاف الملوك والأمراء لايراعى شرطها: لأنها من بيت المال أو ترجع إليه، وإذا كان كذلك يجوز الأحداث إذا كان المقرر فى الوظيفة أو المرتب من مصاريف بيت المال اه. ولايخفى أن المولى أبا السعود أدرى بحال أوقاف الملوك، ومثله ماسيذكره الشارح فى الوقف عن المحبية عن المبسوط من أن السلطان يجوز له مخالفة الشرط إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع لأن أصلها لبيت المال اه يعنى إذا كانت لبيت المال، ولم يعلم ملك الواقف لها فيكون ذلك إرصادا لاوقفا حقيقة: أى أن ذلك السلطان الذى وقفه أخرجه من بيت المال، وعينه لمستحقيه من العلماء والطلبة، ونحوهم عونا لهم على وصولهم إلى بعض حقهم من بيت المال.

مطلب على ماوقع للسلطان برقوق من إرادته نقض أوقاف بيت المال

ولذا لما أراد السلطان نظام المملكة برقوق فى عام نيف وثمانين وسبعمائة أن ينقض هذه الأوقاف لكونها أخذت من بيت المال، وعقد لذلك مجلسا حافلا حضره الشيخ سراج الدين البلقينى والبرهان ابن جماعة وشيخ الحنفية الشيخ أكمل الدين شارح الهداية فقال البلقينى: ماوقف على العلماء والطلبة لاسبيل إلى نقضه، لأن لهم فى الخمس أكثر من ذلك وماوقف على فاطمة وخديجة وعائشة ينقض، ووافقه على ذلك الحاضرون كما ذكره السيوطى فى النقل المستور (١) فى جواز قبض معلوم الوظائف بلا حضور. ثم رأيت نحوه فى شرح الملتقى، ففى هذا صريح بأن أوقاف السلاطين من بيت المال إرصادات، لا أوقاف حقيقة، وأن ما كان منها على مصاريف بيت المال لاينقض، بخلاف ماوقفه السلطان على أولاده أوعتقائه مثلا، وأنه حيث كانت أرصادا لايلزم مراعاة شروطها، لعدم كونها وقفا صحيحا، فإن شرط صحته ملك الواقف، والسلطان بدون الشراء من بيت المال لايملكه. وقد علمت موافقة العلامة الأكمل على ذلك، وهو موافق لما مر عن المبسوط، وعن المولى أبى السعود ولما سيذكره الشارح فى الوقف عن النهر: من أن وقف الإقطاعات لايجوز إلا إذا كانت أرضا مواتا، أو ملكا للإمام فأقطعها رجلا، وهذا خلاف مافى التحفة المرضية عن العلامة قاسم من أن وقف السلطان لأرض بيت المال صحيح:

قلت: ولعل مراده أنه لازم لايغير إذا كان على مصلحة عامة كما نقل الطرسوسى عن قاضيخان من أن السلطان لو وقف أرضا من بيت مال المسلمين على مصلحة عامة للمسلمين جاز قال ابن وهبان: لأنه إذا أبده على مصرفه الشرعى، فقد منع من يصرفه من أمراء الجور فى غير مصرفه اه فقد أفاد أن المراد من هذا الوقف تأبيد صرفه على هذه الجهة المعينة التى عينها السلطان مما هو مصلحة عامة، وهو معنى الإرصاد السابق، فلا ينافى ماتقدم والله سبحانه أعلم (قوله بإذن الإمام) قيد به لأن الإحياء يتوقف على إذنه ط عن المنح (قوله كما مر) أنه إذا قاتل مع المسلمين أو دلهم على الطريق يرضخ له ط (قوله خراجى) لأنه ابتداء وضع على الكافر وهو أليق به كما مر (قوله اعتبر قربه) أى قرب ما أحياه إن كان إلى أرض الخراج أقرب كانت خراجية، وإن كان إلى العشر أقرب فعشرية نهر. وإن كانت بينهما فعشرية مراعاة لجانب المسلم، وعند أبى يوسف واعتبر محمد الماء فإن أحياها بماء الخراج فخراجية وإلافعشرية بحر وبالأول يفتى در منتقى (قوله ماقارب الشيء يعطى حكمه) استئناف قصد به التعليل ط كفناء الدار لصاحبها الانتفاع به، وإن لم يكن ملكا له ولذا لايجوز إحياء

---

(١) قوله (فى النقل المستور) هكذا بالأصل المقابل على خطه ولعله المسطور فليحرر.

(وكل منهما) أى العشرية والخراجية (إن سقى بماء العشر أخذ منه العشر إلا أرض كافر تسقى بماء العشر) إذ الكافر لايبدأ بالعشر (وإن سقى بماء الخراج أخذ منه الخراج) لأن النماء بالماء (وهو) أى الخراج (نوعان خراج مقاسمة إن كان الواجب

ماقرب من العامر بحر (قوله وكل منهما الخ) تبع فى هـذا صاحب الدرر وهو مخالف لما فى الهداية والتبيين والكافى وغيرها ، من أن اعتبار الماء فيما لو جعل المسلم داره بستانا قال فى الكافى : لأن المؤنة فى غير المنصوص عليه تدور مع الماء ، فإن كانت تسقى بماء بئر أو عين فهى عشرية ، وإن كانت تسقى بأنهار الأعاجم فخراجية ولو بهذا مرة وبهذا مرة فالعشر أحق بالمسلم اهـ ومقتضاه أن المنصوص على أنه عشرى كأرض العرب ونحوها أو على أنه خراجى كأرض السواد ونحوها لايعتبر فيه الماء وعن هذا قال فى الفتح بعد كلام .

والحاصل : أن التى فتحت عنوة إن أقر الكفار عليها لايوظف عليهم إلا الخراج ولو سقيت بماء المطر ، وإن قسمت بين المسلمين لايوظف إلا العشر وإن سقيت بماء الأنهر . وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحياها مسلم ، إن كان يصل إليها ماء الأنهار فخراجية ، أو ماء عين ونحوه فعشرية ، وهـذا قول محمد وهو قول أبى حنيفة اهـ .

فتحصل أن الماء يعتبر فيما لو أحيا مسلم أرضا أو جعل داره بستانا ، بخلاف المنصوص على أنه عشرى أو خراجى ، وقدمنا على الدر المنتقى أن المفتى به قول أبى يوسف إنه يعتبر القرب ، وهو مامشى عليه المصنف أولا كالكنز وغيره وقدمه فى متن الملتقى ، فأفاد ترجيحه على قول محمد. وقال ح : وهو المختار كما فى الحموى على الكنز عن شرح قراحصارى وعليه المتون واعتبار الماء قول محمد. قال فى الشرنبلالية قوله وكل منهما الخ فيه مخالفة لقوله قبله : وما أحياه مسلم يعتبر بقربه لأنه اعتبر الحيز ثمة وهنا اعتبر الماء وعلمت أن ذاك قول أبى يوسف وهذا قول محمد اهـ (قوله بماء العشر) هو ماء السماء والبئر والعين والبحر الذى لايدخل تحت ولاية أحد ، وماء الخراج هو ماء أنهار حفرتها الأعاجم ، وكذا سيحون ، وجيحون ، ودجلة ، والفرات خلافا لمحمد .

والحاصل أنه ماكان عليه يد الكفرة ثم حويناه قهرا وما سواه عشرى وتمامه فيما قدمناه فى باب العشر .

مطلب فى خراج المقاسمة

(قوله خراج مقاسمة الخ) هذا إنما يوضع ابتداء على الكافر كالموظف ، فإذا فتح بلدة ومنّ على أهلها بأرضها له أن يضع الخراج عليها مقاسمة أو موظفا ، بخلاف ما إذا قسمها بين الجيش فإنه يضع العشر. قال الخير الرملى : خراج المقاسمة كالموظف مصرفا وكالعشر ما أخذ إلا فرق فيه بين الرطاب والزرع والكرم والنخل المتصل وغيره فيقسم الجميع على حسب ماتطيق الأرض من : النصف ، أو الثلث ، أو الربع : أو الخمس ، وقد تقرر أن خراج المقاسمة كالعشر لتعلقه بالخارج ، ولذا يتكرر بتكرر الخارج فى السنة وإنما يفارقه فى المصرف فكل شىء يؤخذ منه العشر أو نصفه يؤخذ منه خراج المقاسمة ، وتجرى الأحكام التى قررت فى العشر وفاقا وخلافا ؛ فإذا علمت ذلك علمت مايزرع فى بلادنا وما يغرس فإذا غرس رجل فى أرضه زيتونا أو كرما أو أشجارا يقسم الخارج كالزرع ولاشىء عليه قبل أن يطعم بخلاف ما إذا غرس فى الموظف ، ولو أخذها مقاطعة على دراهم معينة بالتراضى ينبغى الجواز وكذا لو وقع على عداد الأشجار ، لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أى شىء كان ، ولأن تقدير خراج المقاسمة مفوّض لرأى الإمام ، وكل من الأنواع الثلاثة يفعل فى بلادنا

بعض الخارج كالخمس ونحوه ، وخراج وظيفة إن كان الواجب شيئا فى الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض كما وضع عمر رضى الله عنه على السواد لكل جريب) هو ستون ذراعا فى ستين بذراع كسرى سبع قبضات ، وقيل المعتبر فى كل بلدة عرفهم ،وعرف مصر التقدير بالفدان فتح وعلى الأول المعول بحر (يبلغه الماء صاعا من بر أو شعير ودرهما) عطف على صاع من أجود النقود زيلعى (ولجريب الرطبة خمسة دراهم ولجريب الكرم أو النخل متصلة)

فبعض الأرض تقسم ثمار أشجارها ، ويأخذ مأذون السلطان منها ثلثا أو ربعا ونحوه ، وبعضها يقطع عليه دراهم معينة ، وبعضها يعد أشجارها ، ويأخذ على كل شجرة قدرا معينا ، وكل ذلك جائز عند الطاقة والتراضى على أخذ شىء فى مقابلة خراج المقاسمة لمن يستحقه ، ولاشك أن أراضى بلادنا خراجية ، وخراجها مقاسمة ، كما هو مشاهد وتقديره مفوض إلى رأى الإمام اه ، ويأتى تمام الكلام .

قلت : لكن مر أن المأخوذ الآن من أراضى مصر والشام أجرة لاعشر ولا خراج والمراد الأراضى التى صارت لبيت المال لاالمملوكة أو الموقوفة كما قدمناه لكن هذه الأجرة بدل الخراج كما مر ويأتى (قوله يتعلق بالتمكن من الانتفاع) بيان لكونه واجبا فى الذمة أى أنه يجب فى ذمته بمجرد تمكنه من الانتفاع بالأرض لابعين الخارج حتى لو تمكن من الزراعة وعطلها وجب ، بخلاف مالم يتمكن كما سيذكره المصنف(قوله كما وضع الخ) تمثيل لخراج الوظيفة (قوله على السواد) أى قرى العراق (قوله بذراع كسرى) احترز عن ذراع العامة وهو ست قبضات فتح والقبضة أربع أصابع (قوله بالفدان) بالتثقيل آلة الحرث ، ويطلق على الثورين يحرث عليهما فى قران وجمعه فدادين ، وقد يخفف فيجمع على أفدنة وفدن مصباح ، والمراد هنا الأرض ، وهو فى عرف الشام نوعان رومانى وخطاطى ومساحة كل معروفة عند الفلاحين (قوله وعلى الأول المعول بحر) وأصله فى الفتح وقال إن الثانى يقضى أن الجريب يختلف قدره فى البلدان ، ومقتضاه أن يتحد الواجب مع اختلاف المقادير ، فإنه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا (قوله يبلغه الماء) صفة لجريب ، قيد به لما يأتى من أنه لاخراج إن غلب الماء على أرضه أو انقطع ، وبه علم أن المراد الماء الذى تصير به الأرض صالحة للزراعة ،فصار كقول الكنز جريب صلح للزراعة (قوله صاعا) مفعول وضع وهو القفيز الهاشمى الذى ورد عن عمر رضى الله تعالى عنه كما فى الهداية وغيره ، وهو ثمانية أرطال أربعة أمناء ، وهو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وينسب إلى الحجاج فيقال صاع حجاجى لأن الحجاج أخرجه بعد مافقد كما فى ط عن الشلبى (قوله من بر أوشعير) أى فهو مخير فى إعطاء الصاع من الشعير أو البر كما فى النهاية معزيا إلى فتاوى قاضيخان. والصحيح أنه مما يزرع فى تلك الأرض كما فى الكافى شرنبلالية ومثله فى البحر ، وبقى ما إذا عطلها والظاهر أن الإمام يخير تأمل (قوله ودرهما) هو وزن سبعة كما فى الزكاة بحر ، وهو أن يكون وزنه أربعة عشر قيراطا جوهرة (قوله الرطبة) بالفتح والجمع الرطاب : وهى القثاء والخيار والبطيخ والباذنجان ، وما جرى مجراه والبقول غير الرطاب مثل الكراث شرنبلالية (قوله متصلة) يعنى أنه يشترط فى تلك الأشجار التى للعنب والتمر وغيرهما أن يكون متصلا بعضها ببعض ، بحيث لايمكن أن يزرع بينها أفاده فى شرح الملتقى ، فلو كانت متفرقة فى جوانب الأرض ووسطها مزروع فلا شىء فيها كما لاشىء فى غرس أشجار غير مثمرة بحر ط وقوله : فلا شىء فيها أى فى الأشجار المتفرقة بل يجب فى الأرض ، لأنها كانت متفرقة فهى بستان فهجب بقدر الطاقة على مايأتى أو المراد لاشىء فيها مقدر تأمل ،وقوله كما لاشىء فى غرس الخ هذا إذا لم يقصد شغل أرضه بها فلو استنمى أرضه بقوائم الخلاف وما أشبهه أو القصب

قيد فيهما (ضعفها ولما سواه) مما ليس فيه توظيف عمر (كزعفران وبستان) هو كل أرض يحوطها حائط وفيها أشجار متفرقة يمكن الزرع تحتها فلو ملتفة أى متصلة لايمكن زراعــة أرضها فهو كرم (طاقته و) غاية الطاقة (نصف الخارج) لأن التنصيف عين الإنصاف (فلا يزد عليه) فى إخراج المقاسمة ولا فى الموظف على مقدار ماوظفه عمر رضى الله تعالى عنه ،

أو الحشيش كان فيه العشر كما قدمناه فى بابه عن البدائع وغيرها تأمل (قوله ضعفها) أى ضعف الخمسة وهو عشرة دراهم لما فيها من الأثمار ، فإن كانت لم تثمر بعد ففيها خراج الزرع كما فى الخانية درمنتقى (قوله ولما سواه) أى سوى ماذكر من الأشياء الثلاثة الموظف عليها (قوله مما ليس فيه توظيف عمر) قصد به إصلاح المتن فإن ظاهره أن الزعفران والبستان فيه توظيف عمر كما هو قضية العطف مع أنه ليس كذلك (قوله يحوطها) أى يرعاها ويحفظها ، أو هو بتشديد الواو أى دار عليها حائط. قال فى المصباح : حاطه يحوطه حوطا رعاه وحوط حوله تحويطا أدار عليه نحو التراب حتى جعله محيطا به اه (قوله فلو ملتفة الخ) فى المصباح التف النبات بعضه ببعض اختلط .

ثم اعلم أن حاصل ماذكره من الفرق بين البستان والكرم ، هو أن ماكانت أشجاره ملتفة فهو كرم ، وما كانت متفرقة فهو بستان ، وقد عزاه فى البحر إلى الظهيرية ، ومثله فى كافى النسفى ، ومقتضاه أن الكرم لايختص بشجر العنب ، مع أن مافى المتون من عطف النخل على الكرم يفيد أنه غيره . وفى الاختيار : والجريب الذى فيه أشجار مثمرة ملتفة لايمكن زراعتها قال محمد : يوضع عليه بقدر مايطيق لأنه لم يرد عن عمر رضى الله تعالى عنه فى البستان تقدير فكان مفوضا إلى أمر الإمام وقال أبو يوسف : لايزاد على الكرم لأن البستان بمعنى الكرم فالوارد فى الكرم وارد فيه دلالة وإن كان فيه أشجار متفرقة فهى تابعة للأرض اه ومفاد هذا أيضا أن الكرم مختص بالعنب والبستان غيره بقرينة التعليل أولا وثانيا ، وهذا أوفق بما فى كتب اللغة ، ومفاده أيضا أن الخلاف بين محمد وأبى يوسف فى البستان إذا كانت أشجاره ملتفة ، وأن مافى المتن هو قول محمد وعليه جرى فى الملتقى ، وذكر فى البدائع مثل مافى الاختيار حيث قال : وفى جريب الكرم عشرة دراهم ، وأما جريب الأرض التى فيها أشجار مثمرة بحيث لايمكن زراعتها لم يذكر فى ظاهر الرواية ، وروى عن أبى يوسف أنه قال إذا كان النخل ملتفا جعلت عليه الخراج بقدر مايطيق ولا أزيد على جريب الكرم عشرة دراهم (قوله لأن التنصيف الخ) علة لقوله وغاية الطاقة نصف الخارج فلا ينافى أنه يجوز النقص عنه فافهم :

مطلب لايحول خراج الموظف إلى خراج المقاسمة وبالعكس

(قوله فلا يزاد عليه فى خراج المقاسمة) ترك مالم يوظف مع أن الكلام فيه ، فكان عليه أن يقول فلا يزاد عليه فيه ولا فى خراج المقاسمة ولا فى الموظف الخ أفاده ح .

قلت : وقد يجاب بأن قوله والتنصيف الخ يفيد أنه يجوز وضع النصف أو الربع أو الخمس فيصير خراج مقاسمة لأنه جزء من الخارج وهو غير الموظف ، فقوله فى خراج مقاسمة أراد به هذا النوع ، وقوله ولا فى الموظف الخ أراد به النوع الأول فافهم (قوله ولا فى الموظف على مقدار ماوظفه عمر) وكذا إذا فتحت بلدة بعد عمر فأراد الإمام أن يضع على مايزرع حنطة درهمين وقفيزا وهى تطيقه ليس له ذلك عند أبى حنيفة وهو الصحيح لأن عمر رضى الله تعالى عنه لم يزد لما أخبر بزيادة الطاقة أفاده فى البحر عن الكافى . قال ط : وهذا نص صريح فى حرمة ما أحدثه الظلمة على الأرض من الزيادة على الموظف ، ولو سلم أن الأراضى آلت لبيت المال وصارت

وإن أطاقت على الصحيح كافى (وينقص مماوظف) عليها (إن لم تطق) بأن لم يبلغ الخارج ضعف الخراج الموظف فينقص إلى نصف الخارج وجوباً وجوازا عند الإطاقة ، وينبغى أن لايزاد على النصف ولا ينقص عن الخمس

مستأجرة اه أى لما قدمناه عن التتارخانية من أن الإمام يدفعها للزراع بأحد طريقين : إما بإقامتهم مقام الملاك فى الزراعة ، وإعطاء الخراج ، وإما بإجارتها لهم بقدر الخراج ، فقوله : بقدر الخراج يدل على عدم الزيادة :

قلت : لكن المأخوذ الآن من الأراضى الشامية التى آلت إلى بيت المال بموجب البراءة والدفاتر السلطانية ، وكذا من الأوقاف شئ كثير فإن منها مايؤخذ منه نصف الخارج ، ومنها الربع ، ومنها العشر . والظاهر أنه خراج مقاسمة فى أصل الوضع فيؤخذ بقدره إذا صار بدل أجرة ، ولعل مامر من التوظيف كان على سواد العراق فقط ، والموضوع على الأراضى الشامية كان خراج مقاسمة فبقى المأخوذ قدره ، وقدمنا التصريح عن الخير الرملى بأنه خراج مقاسمة (قوله وإن أطاقت) تعميم لقوله : ولايزاد عليه الخ ، فيشمل مالم يوظف كما صرح فى قوله : وغاية الطاقة نصف الخارج ، ويشمل خراج المقاسمة كما نص عليه فى النهر ، وكذا الموظف من عمر رضى الله تعالى عنه كما فى البحر أو من إمام بعده كما مر فافهم :

مطلب لايلزم جميع خراج المقاسمة إذا لم تطق لكثرة المظالم

(قوله وجوازا عند الإطاقة) اعلم أن قول المصنف وغيره : وينقص مما وظف إن لم تطق يفهم منه أنها إن أطاقت لاينقص منه وهو مخالف لما فى الدراية من جواز النقصان عند الإطاقة . قال فى النهر : ولو قيل بوجوبه عند عدم الإطاقة وبجوازه عند الإطاقة لكان حسنا وعليه يحمل مافى الدراية فتدبره اه . وحينئذ فالمفهوم من قول المصنف : إن لم تطق أنه لايجب التنقيص عند الإطاقة فلا ينافى جوازه ، فقول الشارح وجوبا قيد لقول المصنف وينقص مماوظف لالقوله فى الشرح فينقص إلى نصف الخارج وقوله : وجوازا عطف على وجوبا فكأنه قال : وينقص وجوبا مما وظف إن لم تطق ، وجوازا إن أطاقت ، وهذا كلام لاغبار عليه ، وبه سقط ماقيل إن مقتضى هذا العطف أن الخارج من الكرم مثلا لو بلغ ألف درهم جاز أخذ خمسمائة ولا قائل به ، والمراد أنه إن بلغ الخارج ضعف الموظف أو أكثر جاز للإمام أن ينقص عن الموظف اه . ووجه السقوط أن هذا إنما يرد لو كان قوله وجوبا قيدا لقوله فينقص إلى نصف الخارج فيصير معنى قوله وجواز أنه ينقص إلى نصف الخارج جوازا عند الإطاقة ، ولاموجب لهذا الحل فافهم (قوله وينبغى أن لايزاد على النصف الخ) هذا فى خراج المقاسمة ولم يقيد به لانفهامه من التعبير بالنصف والخمس فإن خراج الوظيفة ليس فيه جزء معين تأمل . قال فى النهر : وسكت عن خراج المقاسمة ، وهو إذا من الإمام عليهم بأراضيهم ورأى أن يضع عليهم جزءا من الخارج كنصف أو ثلث أو ربع ، فإنه يجوز ويكون حكمه حكم العشر ومن حكمه أن لايزيد على النصف وينبغى أن لاينقص عن الخمس قاله الحدادى اه وبه علم أن قول الشارح : وينبغى مذكور فى غير محله ، لأن الزيادة على النصف غير جائزة كما مر التصريح به فى قوله ولا يزاد عليه وكأن عدم التنقيص عن الخمس غير منقول فذكره الحدادى بحثا ، لكن قال الخير الرملى : يجب أن يحمل على ما إذا كانت تطيق ، فلو كانت قليلة الريع كثيرة المؤن ينقص ، إذ يجب أن يتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة كما فى أرض العشر ثم قال : وفى الكافى : وليس للإمام أن يحول الخراج الموظف إلى خراج المقاسمة :

أقول : وكذلك عكسه فيما يظهر من تعليله لأنه قال لأن فيه نقض العهد وهو حرام اه :

قلت : صرح بالعكس القهستانى ، وقدمنا على الرملى أن المأخوذ من الأراضى الشامية خراج مقاسمة ، وكتبنا أن ماصار منها لبيت المال تؤخذ أجرته بقدر الخراج ويكون المأخوذ فى حق الإمام خراجا ، فحيث كان كذلك

حدادى ، وفيه لو غرس بأرض الخراج كرما أو شجرا فعليه خراج الأرض إلى أن يطعم ، وكذا لو قلع الكرم وزرع الحب فعليه خراج الكرم ، وإذا أطعم فعليه قدر مايطيق ولا يزيد على عشرة دراهم ولا ينقص عما كان وكل مايمكن الزرع تحت شجره فبستان ، ومالا يمكن فكرم ، وأما الأشجار التى على المسناة فلا شىء فيها انتهى. وفى زكاة الخانية قوم شروا ضيعة فيها كرم وأرض فشرى أحدهما الكرم والآخر الأراضى وأرادوا قسم الخراج ، فلو معلوما فكما كان قبل الشراء وإلا كأن كان جملة

تعتبر فيه الطاقة ، وبه يعلم أن مايفعله أهل التيمار والزعامات من مطالبة أهل القرى بجميع ماعينه لهم السلطان على القرى كالقسم من النصف ونحوه ظلم محض ، لأن ذلك المعين فى الدفاتر السلطانية مبنى على أنه كان لايؤخذ من الزراع سوى ذلك القسم المعين والفاضل عنه يبقى للزراع ، والواقع فى زماننا خلافه فإن مايؤخذ منهم الآن ظلما مما يسمى بالذخائر وغيرها شىء كثير ربما يستغرق جميع الخارج من بعض الأراضى ، بل يؤخذ منهم ذلك وإن لم تخرج الأرض شيئا وقد شاهدنا مرارا أن بعضهم ينزل عن أرضه لغيره بلا شىء لكثرة ماعليها من الظلم ، وحينئذ فطالبته بالقسم ظلم على ظلم والظلم يجب إعدامه فلا يجوز مساعدة أهل التيمار على ظلمهم ، بل يجب أن ينظر إلى ماتطيقه الأراضى ، كما أفتى به الخير الرملى ونقل بعض الشراح عن شمس الأئمة من سيرة الأكاسرة إذا أصاب زرع بعض الرعية آفة عوضوا له ما أنفقه فى الزراعة من بيت مالهم وقالوا التاجر شريك فى الخسران كما هو شريك فى الربح ، فإذا لم يعطه الإمام شيئا فلا أقل من أن لايغرمه الخراج (قوله فعليه خراج الأرض) كذا فى البحر عن شرح الطحاوى قال ط : والأولى خراج الزرع كما نقله الشارح عن مجمع الفتاوى فى باب زكاة الأموال أى فيدفع صاعا ودرهما (قوله إلى أن يطعم) بضم أوله وكسر ثالثه مبنيا للفاعل ، قال فى المصباح : أطعمت الشجرة بالألف أدرك ثمرها (قوله فعليه خراج الكرم) أى دائما لأنه صار إلى الأدنى مع قدرته على الأعلى ، قال فى الفتاوى الهندية قالوا : من انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر ، فعليه خراج الأعلى كمن له أرض الزعفران فتركه وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران ، وكذا لو كان له كرم فقطع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم وهذا شىء يعلم ، ولا يفتى به كى لايطمع الظلمة فى أموال الناس كذا فى الكافى ح قال فى الفتح : إذ يدعى كل ظالم أن أرضه كانت تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب اهـ (قوله وإذا أطعم) معطوف على قوله إلى أن يطعم . قال فى البحر وفى شرح الطحاوى : لو أنبت أرضه كرما فعليه خراجها إلى أن يطعم ، فإذا أطعم ، فإن كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم ، وإن كان أقل فنصفه إلى أن ينقص عن قفيز ودرهم ، فإن نقص فعليه قفيز ودرهم اهـ والقفيز صاع كما مر ، وهذا بناء على أنها كانت للزراعة ، فلو للرطبة فالظاهر لزوم خمسة دراهم فلذا قال الشارح ولا ينقص عما كان تأمل (قوله وكل مايمكن الخ) مكرر مع ماتقدم ح (قوله على المسناة) قال فى جامع اللغة : المسناة العرم ، وهو مايبنى للسيل ليرد الماء اهـ ح .

وحاصله : أنها مايبنى حول الأرض ليرد السيل عنها ، وتسمى حافتا النهر مسناة أيضا ، والظاهر أن الحكم فيها كذلك لأن ذلك ليس محل الزرع فلا يسمى شاغلا للأرض فيكون تابعا لها (قوله قوم) أراد باسم الجمع الاثنين مجازا بقرينة قوله أحدهما وواو الجمع فى شروا باعتبار صورة اسم الجمع ح (قوله وفيها كرم) أراد به الجنس كالذى بعده بقرينة الجمع فيما يأتى ح (قوله فشرى) عطف على شروا عطف مفصل على مجمل ح (قوله فلو معلوما) أى علم حصة الكروم وحصة الأراضى من الخراج المأخوذ (قوله وإلا كأن كان جملة) فى بعض النسخ بأن كان جملة أى بأن كان خراج الضيعة يؤخذ جملة من غير بيان لحصة الكروم وحصة الأراضى

فإن لم تعرف الـكروم إلا كروما قسم بقدر الحصص قرية خراجهم متفاوت ، فطلبوا التسوية إن لم يعلم قدره ابتداء ترك على ماكان (ولا خراج إن غلب الماء على أرضه أو انقطع) الماء (أو أصاب الزرع آفة سماوية كغرق وحرق وشدة برد) إلا إذا بقى من السنة ما يمكن الزرع فيه ثانيا (أما إذا كانت الآفة غير سماوية) ويمكن الاحتراز عنها (كأكل قردة وسباع ونحوهما) كأنعام وفأر ودودة بحر (أو هلك) الخارج (بعد الحصاد لا) يسقط وقبله يسقط ولو هلك بعضه إن فضل عما أنفق شيء

(قوله فإن لم تعرف الخ) يعنى لم يعرف أحد أن الكروم كانت أراضى ، ولا أن الأراضى كانت كروما ح (قوله قسم بقدر الحصص) أى ينظر إلى خراج الكروم والأراضى ، فإذا عرف ذلك يقسم جملة خراج الضيعة عليها على قدر حصصها ح عن الخانية .

قلت : والظاهر أن المراد أن ينظر إلى خراجهما خراج وظيفة بأن ينظركم جريبا فيهما فإذا بلغ خراج الكروم مائة درهم مثلا وخراج الأراضى مائتين يقسم جملة خراج الضيعة عليهما ثلاثة ثلثه على الكروم وثلثاه على الأراضى (قوله قرية) المراد أهلها فلذا قال خراجهم (قوله إن لم يعلم الخ) أى إن كان لا يعلم أن خراج أراضيهم كان على التساوى أم لا ترك كما كان .

[تنبيه] فى الخيرية سئل فى مسجد قرية له أرض لم يعرف عليها خراج من قديم الزمان ، ويريد السباهى المتكلم على القرية أن يأخذ عليها خراجا . أجاب : ليس له ذلك والقديم يبقى على قدمه ، وحمل أحوال المسلمين على الصلاح واجب (قوله ولا خراج الخ) أى خراج الوظيفة ، وكذا خراج المقاسمة والعشر بالأولى لتعلق الواجب بعين الخارج فيهما ، ومثل الزرع الرطبة والكرم ونحوهما خيرية (قوله ما يمكن الزرع فيه ثانيا) قال فى الكبرى والفتوى أنه مقدر بثلاثة أشهر نهر (قوله ويمكن احتراز عنها) خرج ما لا يمكن كالجراد كما فى البزازية (قوله كأنعام) وكقردة وسباع ونحو ذلك بحر (قوله وفأر ودودة) عبارة ومنه يعلم أن الدودة والفأرة إذا أكلا الزرع لا يسقط الخراج اهـ .

قلت : لا شك أنهما مثل الجراد فى عدم إمكان الدفع ، وفى النهر لا ينبغى التردد فى كون الدودة آفة سماوية ، وأنه لا يمكن الاحتراز عنها. قال الخير الرملى: وأقول إن كان كثيرا غالبا لا يمكن دفعه بحيلة يجب أن يسقط به ، وإن أمكن دفعه لا يسقط هذا هو المتعين للصواب (قوله أو هلك الخارج بعد الحصاد) مفهومه أنه لو هلك قبله يسقط الخراج لكن يخالفه التفصيل المذكور فيما لو أصاب الزرع آفة فإن الزرع اسم للقائم فى أرضه ، فحيث وجب الخراج بهلاكه بآفة يمكن الاحتراز عنها علم أنه يجب قبل الحصاد إلا أن يحمل الهلاك هنا على ما إذا كان بما لا يمكن الاحتراز عنه فتندفع المخالفة . وقدمنا فى باب العشر من الزكاة الاختلاف فى وقت وجوبه. فعنده يجب عند ظهور الثمرة والأمن عليها من الفساد ، وإن لم يستحق الحصاد إذا بلغت حدا ينتفع به ، وعند الثانى عند استحقاق الحصاد ، وعند الثالث إذا حصدت وصارت فى الجرين ، فلو أكل منها بعد بلوغ الحصاد قبل أن تحصد ضمن عندهما لا عند محمد ، ولو بعد ما صارت فى الجرين لا يضمن إجماعا ومر تمامه هناك (قوله وقبله يسقط) أى إلا إذا بقى من السنة ما يتمكن فيه من الزراعة كما يؤخذ مما سلف ط. قال الخير الرملى : ولو هلك الخارج في خراج المقاسمة قبل الحصاد أو بعده فلا شيء عليه لتعلقه بالخارج حقيقة ، وحكمه حكم الشريك شركة الملك فلا يضمن إلا بالتعدى ، فاعلم ذلك فإنه مهم ويكثر وقوعه فى بلادنا وفى الخانية ما هو صريح فى سقوطه فى حصة رب الأرض بعد الحصاد ووجوبه عليه فى حصة الأكار معللا بأن الأرض فى حصته بمنزلة المستأجرة اهـ (قوله إن فضل عما أنفق) ينبغى

أخذ منه مقدار مابينا مصنف سراج وتمامه فى الشرنبلالية معزيا للبحر . قال وكذا حكم الإجارة فى الأرض المستأجرة (فإن عطلها صاحبها وكان خراجها موظفا أو أسلم) صاحبها (أو اشترى مسلم) من ذمى (أرض خراج يجب) الخراج (ولو منعه إنسان من الزراعة أو كان الخارج) خراج (مقاسمة لا) يجب شىء سراج ، وقد علمت أن المأخوذ

أن يلحق بالنفقة على الزرع ما يأخذه الأعراب وحكام السياسة ظلما كما يعلم مما قدمناه (قوله أخذ منه مقدار مابينا) أى إن بقى ضعف الخراج كدرهمين وصاعين ، يجب الخراج ، وإن بقى أقل من مقدار الخراج يجب نصفه وأشار الشارح إلى هذا بقوله ، وتمامه فى الشرنبلالية فإنه مذكور فيها أفاده ح (قوله مصنف سراج) على حذف العاطف أو على معنى مصنف عن السراج (قوله وكذا حكم الإجارة) أى لو استأجر أرضا فغلب عليها الماء أو انقطع لاتجب الأجرة ، وأما لو أصاب الزرع آفة فإنما يسقط أجرة مابقى من السنة بعد الهلاك لاما قبله لأن الأجر يجب بإزاء المنفعة شيئا فشيئا فيجب أجر ما استوفى لا غيره فيفرق بين هذا وبين الخراج فإنه يسقط كما فى البحر عن الولوالجية .

قلت : لكن فى إجارة البزازية عن المحيط : الفتوى على أنه إذا بقى بعد هلاك الزرع مدة لايتمكن من الزراعة لايجب الأجر وإلا يجب إذا تمكن من زراعته مثل الأول أو دونه فى الضرر وكذا لو منعه غاصب اهـ والخراج كذلك كما علمت (قوله فإن عطلها صاحبها) أى عطل الأرض الصالحة للزراعة در منتقى .

قلت : فى الخانية : له فى أرض الخراج أرض سبخة لاتصلح للزراعة أو لايصلها الماء ، إن أمكنه إصلاحها ولم يصلح فعليه الخراج إلا فلا اهـ ومن التعطيل من وجه مالو زرع الأخس مع قدرته على الأعلى كما مر .

قلت : ويستثنى من التعطيل ماذكره فى الإسعاف فى فصل أحكام المقابر والربط لو جعل أرضه مقبرة أو خانا للغلة أو مسكنا سقط الخراج عنه ، وقيل لايسقط والصحيح هو الأول اهـ وعليه مشى فى المنظومة المحبية ٧ .

مطلب فيما لو عجز المالك عن زراعة الأرض الخراجية

وبقى مالو عجز مالكها عن الزراعة لعدم قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها لغيره مزارعة ليأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقى للمالك ، وإن شاء أجرها وأخذ الخراج من الأجرة ، وإن شاء زرعها من بيت المال ، فإن لم يتمكن باعها وأخذ الخراج من ثمنها . قال فى النهاية : وهذا بلا خلاف لأنه من باب صرف الضرر العام بالضرر الخاص ، وعن أبى يوسف يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها زيلعى ، وفى الذخيرة : لو عادت قدرة مالكها ردها الإمام عليه إلا فى البيع .

(قوله يجب الخراج) أما فى التعطيل فلأن التقصير جاء من جهته ، وأما فيما بعده فلأن الخراج فيه معنى المؤنة فأمكن إبقاؤه على المسلم ، وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها وتمامه فى الفتح (قوله لايجب شىء) لأنه إذا منع ولم يقدر على دفعه لم يتمكن من الزراعة ولأن خراج المقاسمة يتعلق بعين الخارج مثل العشر فإذا لم يزرع مع القدرة لم يوجد الخارج بخلاف خراج الوظيفة ، لأنه يجب فى الذمة بمجرد التمكن من الزراعة .

مطلب لو رحل الفلاح من قرية لايجبر على العود

(قوله وقد علمت الخ) حاصله دفع مايتوهم من قولهم : لو عطلها صاحبها يجب الخراج أنه لو ترك الزراعة لعذر أو لغيره أو رحل من القرية يجبر على الزراعة والعود وليس كذلك ؛ أما أولا فلما علمت من قولهم إن الإمام

من أراضى مصر أجرة لاخراج فما يفعل الآن من الأخذ من الفلاح وإن لم يزرع ويسمى ذلك فلاحة وإجباره على السكنى فى بلدة معينة يعمر داره ويزرع الأرض حرام بلا شبهة نهر ونحوه فى الشرنبلالية معزيا للبحر حيث قال : وتقدم أن مصر الآن ليست خراجية بل بالأجرة فلا شىء على من لم يزرع ولم يكن مستأجرا ، ولا جبر عليه بتسبيبها ، فما يفعله الظلمة من الإضرار به حرام خصوصا إذا أراد الاشتغال بالعلم ،وقالوا لو زرع الأخس قادرا على الأعلى كزعفران فعليه خراج الأعلى وهذا يعلم ولا يفتى به كى لايتجرى الظلمة .

(باع أرضا خراجية إن بقى من السنة مقدار مايتمكن المشترى من الزراعة فعليه الخراج وإلا فعلى البائع) عناية (ولا يؤخذ العشر من الخارج من أرض الخراج) لأنهما لايجتمعان خلافا للشافعى (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج فى سنة لو موظفا وإلا) بأن كان خراج مقاسمة (تكرر) لتعلقه بالخارج حقيقة (كالعشر) فإنه

يدفعها لغيره مزارعة أو بالأجرة أو يبيعها ولم يقولوا باجبار صاحبها ، وأما ثانيا فلما مر من أن الأراضى الشامية خراجها مقاسمة لا وظيفة فلا يجب بالتعطيل أصلا ، وأما ثالثا فلأنها لما صارت لبيت المال صار المأخوذ منها أجرة بقدر الخراج ، والأجرة لا تلزم هنا بدون التزام ، إما بعقد الإجارة أو بالزراعة .

قال الخير الرملى فى حاشية البحر أقول : رأيت بعض أهل العلم أفتى بأنه إذا رحل الفلاح من قريته ولزم خراب القرية برحيله أنه يجبر على العود وربما اغتر به بعض الجهلة ، وهو محمول على ما إذا رحل لا عن ظلم وجور ولا عن ضرورة بل تعنتا وأمر السلطان باعادته للمصلحة وهى صيانة القرية عن الخراب ، ولا ضرر عليه فى العود ، وأما مايفعله الظلمة الآن من الإلزام بالرد إلى القرية مع التكاليف الشاقة والجور المفرط فلا يقول به مسلم ، وقد جعل الحصنى الشافعى فى ذلك رسالة أقام بها الطامة على فاعل ذلك فارجع إليها إن شئت اهـ (قوله كى لايتجرى الظلمة) قال فى العناية : ورد بأنه كيف يجوز الكتمان وأنهم لو أخذوا كان فى موضعه لكونه واجبا أجيب بأنا لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم فى أرض ليس شأنها ذلك أنها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان اهـ (قوله باع أرضا خراجية الخ) هذا إذا كانت فارغة لكن اختلفوا فى اعتبار مايتمكن المشترى من زراعته ، فقيل : الحنطة والشعير ، وقيل أى زرع كان وفى أنه هل يشترط إدراك الريع بكماله أولا . وفى واقعات الناطفى أن الفتوى على تقديره بثلاثة أشهر ، وهذا منه اعتبار لزرع الدخن وإدراك الريع فإن ريع الدخن يدرك فى مثل هذه المدة . وأما إذا كانت الأرض مزروعة فباعها مع الزرع ، فإن كان قبل بلوغه فالخراج على المشترى مطلقا ، وإن بعد بلوغه وانعقاد حبه فهو كما لو باعها فارغة ، ولو كان لها ريعان خريفى وربيعى وسلم أحدهما للبائع والآخر للمشترى فالخراج عليهما ، ولو تداولتها الأيدى ولم تمكث فى ملك أحدهما ثلاثة أشهر فلا خراج على أحد اهـ من التتارخانية ملخصا (قوله عناية) لم أجده فيها وإنما عزاه فى البحر إلى البناية وهى شرح الهداية للعينى (قوله ولا يؤخذ العشر الخ) أى لو كان له أرض خراجها موظف لا يؤخذ منها عشر الخارج ، وكذا لو كان خراجها مقاسمة من النصف ونحوه ، وكذا لو كانت عشرية لايؤخذ منها خراج لأنهما لايجتمعان ، ولذا لم يفعله أحد من الخلفاء الراشدين وإلا لنقل وتمامه فى الفتح (قوله ولا يتكرر الخراج الخ) قال فى الفتح : فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن ، وله خفة باعتبار عدم تكرره فى السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فإذا عطلها لايؤخذ شىء اهـ .

قلت : ومن ذلك أن الخراج يسقط بالموت وبالتداخل كالجزية وقيل لا كالعشر ، وسيأتى تمام الكلام عليه

يتكرر (ترك السلطان) أو نائبه (الخراج لرب الأرض) أو وهبه له ولو بشفاعة (جاز) عند الثانى وحل له لو مصرفا وإلا تصدق به ، به يفتى ، وما فى الحاوى من ترجيح حله لغير المصرف خلاف المشهور (ولو ترك العشر لا) يجوز إجماعا ويخرجه بنفسه للفقراء سراج ، خلافا لما فى قاعدة تصرف الإمام منوط بالمصلحة من الأشباه معزيا للبزازية فتنبه وفى النهر يعلم من قول الثانى حكم الإقطاعات من أراضى بيت المال إذ حاصلها : أن الرقبة لبيت المال

فى الفصل الآتى (قوله أو وهبه له) بأن أخذه منه ثم أعطاه إياه (قوله عند الثانى) أى عند أبى يوسف وقال محمد : لايجوز بحر ولم يظهر لى وجه قول محمد إن كان مراده أنه لايجوز ولو كان مصرفا للخراج (قوله وحل له لو مصرفا) أعاده لأن قوله : جاز أى جاز مافعله السلطان بمعنى أنه لايضمن ، ولا يلزم من ذلك حِله لرب الأرض ، وفى القنية ويعذر فى صرفه إلى نفسه إن كان مصرفا كالمفتى ، والمجاهد والمعلم والمتعلم والذاكر والواعظ عن علم ، ولايجوز لغيرهم وكذا إذا ترك عمال السلطان الخراج لأحد بدون علمه اه (قوله خلاف المشهور) أى مخالف لما نقله العامة عن أبى يوسف نهر (قوله لايجوز إجماعا) لعل وجهه أن العشر مصرفه مصرف الزكاة ، لأنه زكاة الخارج ، ولا يكون الإنسان مصرفا لزكاة نفسه بخلاف الخراج ، فإنه ليس زكاة ولذا يوضع على أرض الكافر هذا ماظهر لى تأمل (قوله معزيا للبزازية) وذلك حيث قال : وفى البزازية السلطان إذا ترك العشر لمن هو عليه جاز ، غنيا كان أو فقيرا ، لكن إن كان المتروك له فقيرا فلا ضمان على السلطان ، وإن كان غنيا ضمن السلطان العشر للفقراء من بيت مال الخراج لبيت مال الصدقة اه .

قلت : وينبغى حمله على ما إذا كان الغنى من مستحقى الخراج ، وإلا فينبغى أن يضمن السلطان ذلك من ماله تأمل وقدمنا فى باب العشر عن الذخيرة مثل مافى البزازية وقال فى الدر المنتقى : ثم رأيت فى البرجندى فى بيان مصرف الجزية ، وكذا لو جعل العشور للمقاتلة جاز لأنه مال حصل بقوتهم اه فليحفظ وليكن التوفيق اه : أى بحمل القول بالمنع على غير المقاتلة والقول بالجواز عليهم .

قلت : لكن قوله لو جعل العشور للمقاتلة ليس صريحا فى جعل عشور أراضيهم تأمل (قوله وفى النهر) من هنا إلى قوله وفى الأشباه من كلام النهر (قوله يعلم من قول الثانى) أى بجواز ترك الخراج وهبته لمن هو مصرف له .

مطلب فى أحكام الإقطاع من بيت المال

(قوله حكم الاقطاعات الخ) قال أبو يوسف رحمه الله تعالى فى كتاب الخراج ، وللإمام أن يقطع كل موات وكل ماليس فيه ملك لأحد ، ويعمل بما يرى أنه خير للمسلمين ، وأعم نفعا وقال أيضا : وكل أرض ليست لأحد ، ولا عليها أثر عمارة فأقطعها رجلا فعمرها ، فإن كانت فى أرض الخراج أدى عنها الخراج وإن كانت عشرية ففيها العشر ، وقال فى ذكر القطائع إن عمر اصطفى أموال كسرى ، وأهل كسرى ، وكل من فرعن أرضه أو قتل فى المعركة وكل مفيض ماء أو أجمة فكان عمر يقطع من هذا لمن أقطع ، قال أبو يوسف : وذلك بمنزلة بيت المال الذى لم يكن لأحد ، ولا فى يد وارث فللإمام العادل أن يجيز منه ويعطى من كان له عناء فى الإسلام ، ويضع ذلك موضعه ، ولا يحابى به فكذلك هذه الأرض ، فهذا سبيل القطائع عندى فى أرض العراق ، وإنما صارت القطائع يؤخذ منها العشر لأنها بمنزلة الصدقة اه .

قلت : وهذا صريح فى أن القطائع قد تكون من الموات ، وقد تكون من بيت المال لمن هو من مصارفه ، وأنه يملك رقبة الأرض ، ولذا قال يؤخذ منها العشر ، لأنها بمنزلة الصدقة ، ويدل له قوله أيضا : وكل من أقطعه

والخراج له وحينئذ فلا يصح بيعه ولا هبته ، ولا وقفه . نعم له إجارته تخريجا على إجارة المستأجر ، ومن الحوادث ، لو أقطعها السلطان له ولأولاده ونسله وعقبه ، على أن من مات منهم انتقل نصيبه إلى أخيه ثم مات السلطان ، وانتقل من أقطع له فى زمن سلطان آخر ، هل يكون لأولاده ؟ لم أره ومقتضى قواعدهم لغاء التعليق

الولاة المهديون أرضا من أرض السواد وأرض العرب والجبال من الأصناف التى ذكرنا أن للإمام أن يقطع منها ، فلا يحل لمن يأتى بعدهم من الخلفاء أن يرد ذلك ، ولا يخرجه من يد من هو فى يده وارث أو مشتر ، ثم قال : والأرض عندى بمنزلة المال فللإمام أن يجيز من بيت المال من له عناء فى الإسلام ، ومن يقوى به على العدو ويعمل فى ذلك بالذى يرى أنه خير للمسلمين وأصلح لأمرهم ، وكذلك الأرضون يقطع الإمام منها من أحب من الأصناف اه فهذا يدل على أن للإمام أن يعطى الأرض من بيت المال ، على وجه التمليك لرقبتها كما يعطى المال ، حيث رأى المصلحة إذ لا فرق بين الأرض والمال فى الدفع للمستحق فاغتنم هذه الفائدة ، فإنى لم أر من صرح بها وإنما المشهور فى الكتب أن الإقطاع تمليك الخراج مع بقاء رقبة الأرض لبيت المال (قوله وحينئذ) أى حين إذ كانت رقبتها ببيت المال وهذا ظاهر ، وأما إذا كانت رقبتها للمقطع له كما قلنا فلا شك فى صحة بيعه وغيره .

مطلب فى إجارة الجندى ما أقطعه له الإمام

(قوله نعم له إجارته الخ) قال ابن نجيم فى رسالته فى الإقطاعات ، وصرح الشيخ قاسم فى فتوى رفعت له بأن للجندى أن يؤجر ما أقطعه له الإمام ، ولا أثر لجواز إخراج الإمام له أثناء المدة كما لا أثر لجواز موت المؤجر فى أثناء المدة ، ولا لكونه ملك منفعة لا فى مقابلة مال لاتفاقهم على أن من صولح على خدمة عبد سنة ، كان للمصالح أن يؤجره إلى غير ذلك من النصوص الناطقة بإيجار ما ملكه من المنافع ، لا فى مقابلة مال فهو نظير المستأجر ، لأنه ملك منفعة الاقطاع بمقابلة استعداده لما أعد له وإذا مات المؤجر أو أخرج الإمام الأرض عن المقطع تنفسخ الإجارة لانتقال الملك إلى غير المؤجر ، كما لو انتقل الملك فى النظائر التى خرج عليها إجارة الإقطاع وهى إجارة المستأجر ، وإجارة العبد الذى صولح على خدمته مدة وإجارة الموقوف عليه الغلة وإجارة العبد المأذون وإجارة أم الولد اه .

[تنبيه] المراد بهذه الإجارة إجارة الأرض للزراعة ، لكن إذا كان للأرض زراع ، واضعون أيديهم عليها ولهم فيها حرث ، وكيس ونحوه مما يسمى كردارا ويؤدون ما عليها لا تصح إجارتها لغيرهم ، أما إذا لم يكن لها زراع مخصوصون ، بل يتواردها أناس بعد آخرين ويدفعون ما عليها من خراج المقاسمة ، فله أن يؤجرها لمن أراد لكن الواقع فى زماننا المستأجر يستأجرها لأجل أخذ خراجها لا للزراعة ويسمى ذلك التزاما وهو غير صحيح كما أفتى به الخير الرملى فى كتاب الوقف ، وكذا فى كتاب الإجارة فى عدة مواضع فراجعه (قوله وانتقل من أقطع له فى زمن سلطان آخر) كذا فى عبارة النهر والظاهر أن قوله : انتقل بمعنى مات ولو عبر به لكان أولى (قوله هل يكون لأولاده) أى هل تصير الأرض لأولاد المقطع له عملا بقول السلطان ، ولأولاده فإنه بمعنى إن مات عن أولاد فلأولاده من بعده فهو تعليق معنى .

مطلب فى بطلان التعليق بموت المعلق

(قوله ومقتضى قواعدهم الخ) حاصل الجواب : أنها لا تكون لأولاده لبطلان التعليق المذكور بموت السلطان المعلق .

بموت المعلق فتدبره ، ولو أقطعه السلطان أرضا مواتا أو ملكها السلطان ، ثم أقطعها له جاز وقفه لها والأرصاد من السلطان ليس بإيقاف البتة وفى الأشباه قبيل القول فى الدين أفتى العلامة قاسم بصحة إجارة المقطع وأن للإمام أن يخرجه متى شاء ، وقيده ابن نجيم بغير الموات ، أما الموات فليس للإمام إخراجه عنه ، لأنه تملكه بالإحياء فليحفظ :

فصل فى الجزية

مطلب فى صحة تعليق التقرير فى الوظائف

قال فى الأشباه من كتاب الوقف : يصح تعليق التقرير فى الوظائف أخذا من تعليق القضاء ، والإمارة بجامع الولاية ، فلو مات المعلق بطل التقرير ، فإذا قال القاضى إن مات فلان أو شغرت وظيفة كذا فقد قررتك فيها صح وقد ذكره فى أنفع الوسائل تفقها وهو فقه حسن اه :

أقول : قدم الشارح فى فصل كيفية القسمة فى التنفيل أنه يعم كل قتال فى تلك السنة ، مالم يرجعوا وإن مات الوالى أو عزل مالم يمنعه الثانى ، ومقتضى هذا أن التعليق لايبطل لموت المعلق ، فإن قوله من قتل قتيلا فله سلبه فيه تعليق استحقاق السلب على القتل لكن قدمنا هناك عن شرح السير الكبير خلافه ، وهو أنه يبطل التنفيل بعزل الأمير وكذا بموته إذا نصب غيره من جهة الخليفة لا من جهة العسكر (قوله ولو أقطعه السلطان أرضا مواتا) أى من أراضى بيت المال حيث كان المقطع له من أهل الاستحقاق ، فيملك رقبتها كما قدمناه أو من غير بيت المال ، والمراد بإقطاعه أنه له بإحيائها على قول أبى حنيفة من اشتراط إذنه بصحة الإحياء ، وهذا لايختص بكون المحيى مستحقا من بيت المال بل لو كان ذميا ملك ما أحياه (قوله أو ملكها السلطان) أى بإحياء أو شراء من وكيل بيت المال (قوله ثم أقطعها له) يعنى وهبها له (قوله جاز وقفه لها) وكذا بيعه ونحوه لأنه ملكها حقيقة (قوله والإرصاد الخ) الرصد الطريق ورصدته رصدا من باب قتل : قعدت له على الطريق ، وقعد فلان بالمرصد كجعفر وبالمرصاد بالكسر ، وبالمرتصد أيضا أى بطريق الارتقاب والانتظار ، وربك لك بالمرصاد : أى مراقبك ، فلا يخفى عليه شىء من فعالك ، ولا تفوته مصباح ومنه سمى إرصاد السلطان بعض القرى ، والمزارع من بيت المال على المساجد والمدارس ، ونحوها لمن يستحق من بيت المال كالقراء والأئمة والمؤذنين ونحوهم ، كأن ما أرصده قائم على طريق حاجاتهم يراقبها ، وإنما لم يكن وقفا حقيقة لعدم ملك السلطان له ، بل هو تعيين شىء من بيت المال على بعض مستحقيه فلا يجوز لمن بعده أن يغيره ويبدله كما قدمنا ذلك مبسوطا (قوله بصحة إجارة المقطع) تقدم آنفا وذكرنا عبارة العلامة قاسم والله سبحانه أعلم :

فصل فى الجزية

هذا هو الضرب الثانى من الخراج ، وقدم الأول لقوته لوجوبه ، وإن أسلموا بخلاف الجزية ، أو لأنه الحقيقة إذ هو المتبادر عند الإطلاق ، ولا يطلق على الجزية إلا مقيدا : أى فيقال خراج الرأس ، وهذا أمارة المجاز ، وبنيت على فعلة دلالة على الهيئة التى هى الإذلال عند الإعطاء نهر : وتسمى جالية من جلوت عن البلد جلاء بالفتح والمد خرجت وأجليت مثله ، والجالية الجماعة ، ومنه قيل لأهل الذمة الذين جلاهم عمر رضى الله عنه عن جزيرة العرب : الجالية ثم نقلت الجالية إلى الجزية التى أخذت منهم ، ثم استعملت فى كل جزية تؤخذ ، وإن لم يكن صاحبها أجلى عن وطنه

هى لغة الجزاء ، لأنها جزت عن القتل والجمع جزى كلحية ولحى ، وهى نوعان (الموضوع من الجزية بصلح لا) يقدر ولا (يغير) تحرزا عن الغدر (وما وضع بعد ماقهروا وأقروا على أملاكهم يقدر فى كل سنة على فقير معتمل) يقدر على تحصيل النقدين بأى وجه كان ينابيع ، وتكفى صحته فى أكثر السنة هداية (اثنا عشر درهما) فى كل شهر درهم (وعلى وسط الحال ضعفه) فى كل شهر درهمان (وعلى المكثر ضعفه) فى كل شهر أربعة دراهم وهذا للتسهيل لا لبيان الوجوب لأنه بأول الحول بناية (ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا غنى ومن ملك مائتى

فقيل استعمل فلان على الجالية ، والجمع الجوالى مصباح ، فإطلاقها على الجزية مجاز بمرتبتين (قوله لأنها جزت عن القتل) أى قضت وكفت عنه فإذا قبلها سقط عنه القتل بحر ،أو لأنها وجبت عقوبة على الكفر كما فى الهداية قال فى الفتح : ولهذا سميت جزية وهى والجزاء واحد وهو يقال على ثواب الطاعة وعقوبة المعصية (قوله والجمع جزى) وفى لغة جزيات مصباح (قوله لايقدر ولا يغير) أى لايكون له تقدير من الشارع ، بل كل مايقع الصلح عليه يتعين ، ولايغير بزيادة ولا نقص درر وذلك كما صالح عليه الصلاة والسلام أهل نجران ، وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفى حلة فى العام ، وصالح عمر رضى الله تعالى عنه نصارى بنى تغلب ، على أن يؤخذ من كل واحد منهم ضعف مايؤخذ من المسلم من المال الواجب ، فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكاة فتح (قوله وما وضع بعد ماقهروا الخ) هذا الوضع والتقدير لايشترط فيه رضاهم كما فى الفتح (قوله على فقير معتمل) ظاهره أن القدرة على العمل شرط فى حق الفقير فقط لقوله الآتى : وفقير غير معتمل ، وليس كذلك بل هو شرط فى حق الكل ، ولذا قال فى البناية وغيرها : لايلزم الزمن منهم وإن كان مفرطا فى اليسار ، وكذا لو مرض نصف السنة ، كما فى شرح الزيلعى ، فلو حذف الفقير لكان أولى بحر : أى لو حذفه من قوله الآتى فيمن لايوضع عليه الجزية ، وفقير غير معتمل بأن يقول وغير معتمل ليشمل الفقير وغيره ، لامن قوله هنا على فقير معتمل كما فهمه فى النهر ، فاعترضه بأنه لو اقتصر على قوله ومعتمل لما أفاد اشتراط القدرة على العمل فى حق الغنى كيف وقد قابله به اه .

قلت : الاعتمال الاضطراب فى العمل وهو الاكتساب ، والمراد القدرة عليه حتى لو لم يعمل مع قدرته وجبت كمن عطل الأرض كما فى الفتح ، وقال قيد بالاعتمال لأنه لو كان مريضا فى نصف السنة فصاعدا لايجب عليه شيء اه وبه ظهر أن التقييد بالمعتمل هنا واقع فى محله ، وأن قوله الآتى لاتوضع على زمن وأعمى وفقير غير معتمل تصريح بمفهوم القيد هنا ، وأن عطف الفقير والأعمى على الزمن عطف خاص على عام ، لأن المراد بالزمن العاجز فلو اقتصر عليه لأغناه لشموله الفقير وغيره وقد يقال : إن غير المعتمل أعم ، لأنه يشمل ما إذا كان سالم الآلات صحيح البدن ، لكنه لايقدر على الكسب لخرقه وعدم معرفته حرفة يكتسب منها ، وعلى هذا فتكون القدرة على العمل شرطا فى الفقير فقط إذ لاشك أن غير الفقير توضع عليه إذا كان صحيحا غير زمن ، ولا أعمى ، وإن لم يكن معتملا بهذا المعنى المذكور فيتعين تفسير غير المعتمل بما ذكرنا ليندفع الاستدراك على عبارات المتون ، ثم رأيت فى القهستانى مايؤيده حيث قال وفيه إشارة إلى أن الفقير هو الذى يعيش بكسب يده فى كل يوم ، فلو فضل على قوته وقوت عياله أخذت منه وإلا فلا وإلى أن غيره من لاحاجة له إلى الكسب للنفقة فى الحال (قوله وهذا للتسهيل الخ) الإشارة إلى قوله فى كل شهر درهم وقوله في كل شهر : درهمان وقوله فى كل شهر : أربعة وفى القهستانى عن المحيط إنها تجب فى أوله عندهم لأنها جزاء القتل وبعقد الذمة يسقط الأصل ، فوجب خلفه فى الحال إلا أنه يخاطب بأداء الكل عنده فى آخر الحول تخفيفا وبأداء قسط شهرين عند أبى يوسف آخرهما ، وقسط شهر عند محمد فى آخره اه ، ومثله فى التاترخانية فما ذكره الشارح تبعا للهداية قول محمد .

درهم فصاعدا متوسط ومن ملك مادون المائتين أو لايملك شيئا فقير) قاله الـكرخي ، وهو أحسن الأقوال ، وعليه الاعتماد بحر واعتبر أبو جعفر العرف ، وهو الأصح تتارخانية ، ويعتبر وجود هذه الصفات فى آخر السنة

والحاصل : أنها تجب فى أول العام وجوبا موسعا كالصلاة وإنما يجب الأداء فى آخره أو فى آخر كل شهرين أو شهر للتسهيل والتخفيف عليه (قوله واعتبر أبو جعفر العرف) حيث قال ينظر إلى عادة كل بلد فى ذلك ، ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعد من المـكثرين ، وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكره عن أبى نصر محمد بن سلام فتح (قوله وهو الأصح) صححه فى الولوالجية أيضا قال فى الدرالمنتقى :والصحيح فى معرفة هؤلاء عرفهم ، كما فى الـكرمانى وهو المختار كما فى الاختيار ،وذكره القهستانى ،واعترف فى المنح تبعاللبحر بأنه أى التحديد لم يذكر فى ظاهر الرواية ،ولا يخفى أن الأول أى اعتبار العرف أقرب لرأى صاحب المذهب،وأقره فى الشرنبلالية وفى شرح المجمع وغيره : وينبغى تفويضه للإمام أى كما هو رأى الإمام وفى التاترخانية إنه الأصح فتبصر اه يعنى أن رأى الإمام أن المقدرات التى لم يرد بها نص لاتثبت بالرأى ، بل تفوّض إلى رأى المبتلى كما قال فى الماء الـكثير وفى غسل النجاسة وغيرذلك (قوله ويعتبر وجود هذه الصفات فى آخر السنة الخ) قال فى البحر وينبغى اعتبارها فى أولها لأنه وقت الوجوب اه ورده فى النهر بأنهم اعتبروا وجودها فى آخرها ، لأنه وقت وجوب الأداء ، ومن ثم قالوا لو كان فى أكثر السنة غنيا أخذ منه جزية الأغنياء ،أوفقيرا أخذت منه جزية الفقراء ولواعتبر الأول لوجب إذا كان فى أولها غنيا فقيرا فى أكثرها أن يجب جزية الأغنياء وليس كذلك . نعم الأكثر كالـكل اه واعترضه محشى مسكين ، بأن ماأورده على اعتبار الأول مشترك الإلزام إذ هو وارد أيضا على اعتبار الآخر لاقتضائه وجوب جزية الأغنياء إذا كان غنيا فى آخرها فقيرا فى أكثرها اه .

قلت : وحاصله أنه إذا كان المعتبر الوصف الموجود فى أكثر السنة فلا فرق بين كونه فى أولها أوآخرها وعلى هـذا فمن اعتبر آخرها أراد إذا كان ذلك الوصف موجودا فى أكثرها ، وعلى هذا فلا اعتبار لخصوص الأول أو الآخر لـكن سيذكر المصنف أن المعتبر فى الأهلية وعدمها وقت الوضع ، بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه .

وحاصله على وجه يحصل به التوفيق بينه وبين اعتبار أكثر السنة أن من كان من أهلها وقت الوضع وضعت عليه ، وذلك بأن يكون حرا مكلفا وإلا لم توضع عليه ، وإن صار أهلا بعده كما سيأتى ومن كان أهلا وقت الوضع لـكن قام به عذر لم توضع عليه إلا إذا زال العذر بعده كالفقير إذا أيسر والمريض إذا صح لـكن بشرط أن يبقى من السنة أكثرها وعلى هـذا فيعتبر أول السنة لتعرف الأهل من غيره ، وبعد تحقق الأهلية لايعتبر أولها فى حق تغير الأوصاف ، بل يعتبر أكثرها فيه كما إذا كان مريضا فى أولها ، فإن صح بعده فى أكثرها وجبت ، وإلا فلا وكذا لو كان فقيرا غير معتمل ، ثم صار فقيرا معتملا أو متوسطا أو غنيا فى أكثرها ، وعلى هذا يحمل مافى الولوالجية وغيرها من أن الفقير لو أيسر فى آخر السنة أخذت منه اه أى إذا أيسر أكثرها ، وعلى هذا عكسه بأن كان غنيا فى أولها فقيرا فى آخرها اعتبر ماوجد فى أكثرها ، لـكن مامر من أنه يؤخذ فى كل شهر قسط يؤخذ ممن كان غنيا فى أولها شهرين مثلا قسط شهرين دون الباقى لما فى القهستانى عن المحيط ، يسقط الباقى فى جزية السنة إذا صار شيخا كبيرا أو فقيرا أو مريضا نصف سنة أو أكثر اه ، وأشار إلى أن مانقص عن نصف سنة لايجعل عذرا ولذا قال فى الفتح : إنما يوظف على المعتمل إذا كان صحيحا فى أكثر السنة والا فلا جزية عليه لأن الإنسان لايخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو مانقص عن نصف العام اه هـذا ما ظهر لى

فتح لأنه وقت وجوب الأداء نهر (وتوضع على كتابي) يدخل فى اليهود السامرة لأنهم يدينون بشريعة موسى عليه الصلاة والسلام ، وفى النصارى الفرنج والأرمن وأما الصابئة ففى الخانية تؤخذ منهم عنده خلافا لهما (ومجوسى) ولو عربيا لوضعه عليه الصلاة والسلام على مجوس هجر (ووثنى عجمى) لجواز استرقاقه فجاز ضرب الجزية عليه (لا) على وثنى (عربى) لأن المعجزة فى حقه أظهر فلم يعذر (ومرتد) فلا يقبل منهما إلا الإسلام أو السيف ولو ظهرنا عليهم فنساؤهم وصبيانهم فىء

فى تحرير هذا المحل والله تعالى أعلم (قوله وتوضع على كتابي) أى ولو عربيا فتح والكتابي من يعتقد دينا سماويا أى منزلا بكتاب كاليهود والنصارى (قوله السامرة) فاعل يدخل وهم فرقة من اليهود وتخالف اليهود فى أكثر الأحكام ، ومنهم السامرى الذى وضع العجل وعبده مصباح (قوله والأرمن) نسبة على خلاف القياس إلى إرميلية بكسر الهمزة والميم بينهما راء ساكنة وبفتح الياء الثانية بعد النون وهى ناحية بالروم كما فى المصباح (قوله تؤخذ منهم عنده خلافا لهما) أى بناء على أنهم من النصارى أو من اليهود فهم من أهل الكتاب عنده، وعندهما يعبدون الكواكب ، فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الأوثان كما فى الفتح والنهر .

قال ح أقول : ظاهر كلامهم إن الصابئة من العرب إذ لو كانوا من العجم لما تأتى الخلاف لما علمت أن العجمى تؤخذ منه الجزية ولو مشركا اهـ .

قلت : ويؤيده مانقله السائحانى عن البدائع من أنه عندهما تؤخذ منهم الجزية إذا كانوا من العجم لأنهم كعبدة الأوثان اهـ (قوله ومجوسى) من يعبد النار فتح (قوله على مجوس هجر) بفتحتين قال فى الفتح بلدة فى البحرين اهـ وفى المصباح : وقد أطلقت على ناحية بلاد البحرين وعلى جميع الإقليم ، وهو المراد بالحديث اهـ . وفيه أيضا البحران على لفظ التثنية موضع بين البصرة وعمان وهو من بلاد نجد (قوله ووثنى عجمى) الوثن ما كان منقوشا فى حائط ولا شخص له والصنم ما كان على صورة الإنسان والصليب مالانقش له ولا صورة ولكنه يعبد منح عن السراج ومثله فى البحر لكن ذكر قبله الوثن ماله جثة من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر ينحت، والجمع أوثان وكانت العرب تنصبها وتعبدها اهـ وفى المصباح الوثن الصنم سواء كان من خشب أو حجر أو غيره اهـ . والعجمى خلاف العربى (قوله لجواز استرقاقه الخ) وإنما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان ، مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعا لأصولهم فى الكفر ، فكانوا أتباعا فى حكمهم فكانت الجزية عن الرجل وأتباعه فى المعنى ، إن كان له أتباع وإلا فهى عنه خاصة فتح (قوله لأن المعجزة فى حقه أظهر) لأن القرآن نزل بلغتهم فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم فتح وأورد فى النهر : أن هذا يشمل ماإذا كان كتابيا اهـ : أى فيخالف مامر من أنها توضع عليه .

قلت : والجواب أنه وإن شمله لكن خص بقوله تعالى — من الذين أوتوا الكتاب — اهـ ثم رأيته فى الشرنبلالية (قوله فلا يقبل منهما) أى من العربى الوثنى والمرتد إلا الإسلام ، وإن لم يسلما قتلا بالسيف وفى الدر المنتقى عن البرجندى أن نسبة القبول إلى السيف مسامحة (قوله ولو ظهرنا عليهم فنساؤهم وصبيانهم فىء) لأن أبا بكر رضى الله تعالى عنه استرق نساء بنى حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين هداية قال فى الفتح : إلا أن ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذرارى عبدة الأوثان لايجبرون اهـ : أى وكذا نساؤهم والفرق أن ذرارى المرتدين تبع لهم فيجبرون مثلهم وكذا نساؤهم لسبق الإسلام منهن .

(وصبى وامرأة وعبد) ومكاتب ومدبر وابن أم ولد (وزمن) من زمن يزمن زمانة نقص بعض أعضائه أو تعطل قواه فدخل المفلوج والشيخ العاجز (وأعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط) لأنه لايقتل والجزية لإسقاطه وجزم الحدادى بوجوبها ونقل ابن كمال أنه القياس ومفاده أن الاستحسان بخلافه فتأمل (والمعتبر فى الأهلية) للجزية (وعدمها وقت الوضع) فمن أفاق أو عتق أو بلغ أو برئ بعد وضع الإمام لم توضع عليه

مطلب الزنديق إذا أخذ قبل التوبة يقتل ولا تؤخذ منه الجزية

[تنبيه] قال فى الفتح قالوا لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فأخبر بأنه زنديق وتاب تقبل توبته ، فإن أخذ ثم تاب لاتقبل توبته ويقتل لأنهم باطنية يعتقدون فى الباطن خلاف ذلك فيقتل ولاتؤخذ منه الجزية اهـ : وسيأتى فى باب المرتد أن هـذا التفصيل هو المفتى به ، وفى القهستانى ولاتوضع على المبتدع ، ولايسترق وإن كان كافرا لـكن يباح قتله إذا أظهر بدعته ، ولم يرجع عن ذلك وتقبل توبته وقال بعضهم : لاتقبل توبة الإباحية والشيعة والقرامطة والزنادقة من الفلاسفة ، وقال بعضهم : إن تاب المبتدع قبل الأخذ والإظهار ، تقبل وإن تاب بعدهما لاتقبل كما هو قياس قول أبى حنيفة كما فى التمهيد السالمى اهـ قال فى الدر المنتقى : واعتمد الأخير صاحب التنوير (قوله وصبى) ولامجنون فتح (قوله وامرأة) إلا نساء بنى تغلب فإنها تؤخذ من نسائهم كما تؤخذ من رجالهم لوجوبه بالصلح كذلك كما سيأتى (قوله وابن أم ولد) صورته استولد جارية لها ولد قد ملكه معها فإن الولد يتبع أمه فى الحرية والتدبير والاستيلاد .

[تنبيه] : قال فى الدر المنتقى سقط من نسخ الهداية لفظ ابن وتبعه القهستانى ، بل زاد وأمة ولاينبغى فإن من المعلوم أن لاجزية على النساء الأحرار ، فكيف بأم الولد وإنما المراد ابن أم الولد (قوله وفقير غير معتمل) تقدم الـكلام عليه (قوله لأنه لايقتل الخ) الأصل أن الجزية لإسقاط القتل فمن لايجب قتله لاتوضع عليه الجزية إلا إذا أعانوا برأى أومال فتجب الجزية كما فى الاختيار وغيره درمنتقى وقهستانى (قوله وجزم الحدادى بوجوبها) أى إذا قدر على العمل حيث قال قوله : ولاعلى الرهبان الذين لايخالطون الناس ، هذا محمول على أنهم إذا كانوا لايقدرون على العمل أما إذا كانوا يقدرون فعليهم الجزية ، لأن القدرة فيهم موجودة ، وهم الذين ضيعوها فصار كتعطيل أرض الخراج اهـ وبه جزم فى الاختيار أيضا كما فى الشرنبلالية قال فى النهر : وجعله فى الخانية ظاهر الرواية حيث قال ويؤخذ من الرهبان والقسيسين فى ظاهر الرواية وعن محمد أنها لاتؤخذ اهـ (قوله ونقل ابن كمال أنه القياس) فيه نظر لأنه قال فى شرح قوله : ولاعلى راهب لايخالط فأما الرهبان ، وأصحاب الصوامع الذين يخالطون الناس فقال محمد كان أبو حنيفة يقول بوضع الجزية إذا كانوا يقدرون على العمل ، وهو قول أبى يوسف قال عمرو بن أبى عمر قلت لمحمد فما قولك ؟ قال القياس ماقال أبو حنيفة : كذا فى شرح القدورى للأقطع اهـ .

وبه علم أن هذا فى المخالط على أن هـذه الصيغة من محمد تفيد اختيار قول أبى حنيفة ولاتفيد أن مقابله هو الاستحسان الذى يقدم على القياس ، ووجه كونه هو القياس أنا لو ظهرنا على دار الحرب لنا أن نقتل الراهب المخالط بخلاف غير المخالط وقد مر أن من لايقتل لاتوضع الجزية عليه وهـذا القياس ، هو مفهوم ماجرى عليه أصحاب المتون فيكون هو المذهب ومامر عن الخانية يمكن حمله عليه ، فلا يلزم أن يكون المصنف مشى على خلاف ظاهر الرواية فافهم (قوله لم توضع عليه) لأن وقت الوجوب أول السنة عند وضع الإمام ، فإن الإمام يجدد الوضع عند رأس كل سنة لتغير أحوالهم ببلوغ الصبى وعتق العبد ، وغيرهما فإذا احتلم وعتق العبد بعد

(بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه) لأن سقوطها لعجزه وقدزال اختيار (وهى) أى الجزية ليست رضا منا بكفرهم كما طعن الملحدة بل إنما هى (عقوبة) لهم على إقامتهم (على الكفر) فإذا جاز إمهالهم للاستدعاء إلى الإيمان بدونها فبها أولى ، وقال تعالى — حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون — وأخذها عليه الصلاة والسلام من مجوس هجر ونصارى نجران وأقرهم على دينهم ثم فرع عليه بقوله (فتسقط بالإسلام) ولو بعد تمام السنة ، ويسقط المعجل لسنة لالسنتين ، فيرد عليه سنة خلاصة (والموت والتكرار) للتداخل كما سيجىء (و) ب(العمى والزمانة وصيرورته)

الوضع فقد مضى وقت الوجوب ، فلم يكونا أهلا للوجوب ولوالجية (قوله بخلاف الفقير) أى غير المعتمل إذا أيسر بالعمل فإنها توضع عليه ط (قوله لأن سقوطها لعجزه) لأن الفقير أهل لوضع الجزية كما فى الاختيار : أى لكونه حرا مكلفا لكنه معذور بالفقر فإذا زال أخذت منه لكن إن بقى من الحول أكثره على ماقدمنا تحريره (قوله كما طعن الملحدة) أى الطاعنين(١) فى الدين قال فى المصباح لحد الرجل فى الدين لحدا وألحد إلحادا طعن (قوله إنما هى عقوبة لهم) ولأنها دعوة إلى الإسلام بأحسن الجهات ، وهو أن يسكن بين المسلمين فيرى محاسن الإسلام ، فيسلم مع دفع شره فى الحال قهستانى (قوله فإذا جاز إمهالهم) أى تأخيرهم بلا جزية للاستدعاء إلى الإيمان أى لأجل دعائهم إليه بمحاربتهم وقتالهم بدونها فيها أولى أى فإمهالهم للاستدعاء إلى الإيمان بالجزية أولى ، لأن مخالطتهم للمسلمين ورؤيتهم حسن سيرتهم تدعوهم إلى الإسلام كما علمت ، فيحصل المقصود بلا قتال فيكون أولى ، هذا ماظهر لى فى تقرير كلامه وقد صرح أبو يوسف فى كتاب الخراج بأنه لايجوز ترك واحد بلا جزية فعلم أن المراد ماقررناه فتأمل (قوله وقال تعالى الخ) لاحاجة إلى سوق الدليل النقلى هنا ، لأن الملحد معترض على مشروعية هذا الحكم من أصله (قوله ونصارى نجران) بلدة من بلاد همدان من اليمن مصباح ، وفى الفتح : روى أبو داود عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال : صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفى حلة النصف فى صفر والنصف فى رجب (قوله ثم فرع عليه) أى على كونها عقوبة على الكفر (قوله ولو بعد تمام السنة) يجب أن تحمل البعدية على المقارنة للتمام لأنه لو أسلم بعد التمام بمدة فالسقوط بالتكرار قبل الإسلام لابالإسلام اهـ ح :

قلت : لكن تحقق التكرار بدخول السنة الثانية فيه خلاف كما تعرفه (قوله ويسقط المعجل) على تقدير مضاف أى يسقط رده ، فالسقوط هنا عن الإمام لاعنه بخلاف الواقع فى المتن (قوله فيرد عليه سنة) أى لو عجل لسنتين لأنه أدى خراج السنة الثانية ، قبل الوجوب ، فيرد عليه أما لو عجل لسنة فى أولها فقد أدى خراجها بعد الوجوب قال فى الولوالجية : وهذا على قول من قال بوجوب الجزية فى أول الحول كما نص عليه فى الجامع الصغير ، وعليه الفتوى (قوله والموت) أى ولو عند تمام السنة فى قولهم جميعا كما فى الفتح (قوله والتكرار) أى بدخول السنة ولايتوقف على مضيها فى الأصح كما يأتى قريبا وسقوطها بالتكرار قول الإمام ، وعندهما لاتسقط كما فى الفتح (قوله وبالعمى والزمانة الخ) أى لو حدث شىء من ذلك ، وقد بقى عليه شىء لم يؤخذ كما فى الولوالجية ، والخانية أى لو بقى عليه شىء من أقساط الأشهر ، وكذا لو كان لم يدفع شيئا لكن قدمنا عن القهستانى عن المحيط تقييد سقوط الباقى بما إذا دامت هذه الأعذار نصف سنة فأكثر ، ومثله ماذكره الشارح أول الفصل عن الهداية فافهم . هذا وفى التتارخانية قال فى المنتقى : قال أبو يوسف : إذا أغمى عليه أو أصابته

---

(١) قوله (أى الطاعنين) هكذا بخطه ولعل الأصوب الطاعنون كما لايخفى اهـ مصححه .

فقيراً أو (مقعداً أو شيخا كبيرا لايستطيع العمل) ثم بين التكرار فقال (وإذا اجتمع عليه حولان تداخلت والأصح سقوط جزية السنة الأولى بدخول) السنة (الثانية) زيلعى لأن الوجوب بأول الحول بعكس خراج الأرض (ويسقط الخراج (ب) الموت فى الأصح حاوى وب(التداخل) كالجزية (وقيل لا) يسقط كالعشر وينبغى ترجيح الأول لأن الخراج عقوبة بخلاف العشر بحر . قال المصنف وعزاه فى الخانية لصاحب المذهب فكان هو المذهب وفيها لايحل أكل الغلة حتى يؤدى الخراج (ولا تقبل من الذمى لو بعثها على يد نائبه) فى الأصح (بل يكلف أن يأتى بنفسه ، فيعطيها قائما ، والقابض منه قاعد) هداية ويقول :

زمانة وهو موسر أخذت منه الجزية قال الإمام الحاكم أبو الفضل على هذه الرواية يشترط للأخذ أهلية الوجوب فى أول الحول وعلى رواية الأصل شرطها من أوله إلى آخره اه ملخصا .

قلت : وحاصله أنه على رواية المنتقى يشترط وجود الأهلية فى أوله فقط فلا يضر زوالها بعده وعلى رواية الأصل يشترط عدم زوالها ، وهو مامشى عليه المصنف وليس المراد عدم الزوال أصلا بل المراد أن لايستمر العذر نصف سنة فأكثر، فلا ينافى مامر فتدبر (قوله لايستطيع العمل) راجع لقوله فقيرا ومابعده (قوله والأصح الخ) وقيل لابد من مضى الثانية ليتحقق الاجتماع (قوله بعكس خراج الأرض) فإن وجوبه بآخر الحول لأن به يتحقق الانتفاع (قوله ويسقط الخراج) أى خراج الأرض (قوله وقيل لا) جزم به فى الملتقى (قوله بحر) أقره فى النهر أيضا (قوله وعزاه فى الخانية) حيث قال : فإن اجتمع الخراج فلم يؤد سنين عند أبى حنيفة يؤخذ بخراج هذه السنة ، ولا يؤخذ بخراج السنة الأولى ، ويسقط ذلك عنه كما قال فى الجزية ، ومنهم من قال لايسقط الخراج بالإجماع ، بخلاف الجزية ، وهذا إذا عجز عن الزراعة ، فإن لم يعجز يؤخذ بالخراج عند الكل اه .

قلت : وقد ترك المصنف والشارح هذا القيد وهو العجز عن الزراعة أى فى السنة الأولى ، وعلى هذا فلا محل لذكر الخراج هنا ، لأنه لايجب إلا بالتمكن من الزراعة ، فإذا لم يجب لايقال إنه سقط ، ويظهر أن الخلاف المذكور لفظى بحمل القول الأول على ماإذا عجز ، والثانى على ماإذا لم يعجز إذ لايتأتى الوجوب مع العجز كما مر فى الباب السابق ، ولذا قال : فإن لم يعجز يؤخذ بالخراج عند الكل ، وعلى هذا فلم يبق فى المسألة قولان ، لكنه خلاف الظاهر من كلامهم ، فإن الخلاف محكى فى كثير من الكتب ، وقد علمت أنه لايتأتى الخلاف مع العجز فالظاهر أن الخلاف عند عدمه ، وعليه فالمناسب إسقاط هذا القيد ، ولذا ذكر فى الخانية هذه فى المسألة فى باب العشر بدونه ، ولم يذكر أيضا القول الثانى ، فاقتضى كلامه اعتماد قول الإمام : إنه لايؤخذ بخراج السنة الأولى لكن فى الهندية عن المحيط ذكر صدر الإسلام عن أبى حنيفة روايتين ، والصحيح أنه يؤخذ اه .

وجزم به فى الملتقى كما قدمناه ، وبه ظهر أن كلا من القولين مروى عن صاحب المذهب ، والمصرح بتصحيحه عدم السقوط ، فكان هو المعتمد ، ولذا جزم به فى متن الملتقى وذكر فى العناية الفرق بينه وبين الجزية بأن الخراج فى حالة البقاء مؤنة من غير التفات إلى معنى العقوبة ، ولذا لو شرى مسلم أرضا خراجية ، لزمه خراجها ، فجاز أن لايتداخل بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء وبقاء والعقوبات تتداخل اه وبه اندفع مافى البحر (قوله وفيها الخ) أى فى الخانية ، ومحل ذكر هذه المسألة الباب السابق ، وقد ذكرها فى باب العشر وقدمنا الكلام عليها (قوله فى الأصح) أى من الروايات لأن قبولها من النائب يفوت المأمور به من إذلاله عند الإعطاء قال تعالى — حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون — فتح (قوله والقابض منه قاعد) وتكون يد المؤدى أسفل ويد القابض أعلى هندية (قوله ويقول الخ) هذا فى الهداية أيضا لكن لم يجزم به كما فعله الشارح

أعط ياعدو الله ، ويصفعه فى عنقه لا يا كافر ، ويأثم القائل إن أذاه به قنية (ولا) يجوز أن (يحدث بيعة، ولا كنيسة ولا صومعة ، ولا بيت نار، ولا مقبرة) ولا صنما حاوى (فى دار الإسلام) ولو قرية فى المختار فتح

بل قال وفى رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول أعط الجزية ياذمى اه ومفاده عدم اعتمادها وفى غاية البيان والتلبيب بالفتح ماعلى موضع اللبب من الثياب ، واللبب موضع القلادة من الصدر (قوله ياعدوّ الله) كذا فى غاية البيان والذى فى الهداية والفتح والتبيين ياذمى (قوله ويصفعه فى عنقه) الصفع أن يبسط الرجل كفه فيضرب بها قفا الإنسان أو بدنه ، فإذا قبض كفه ثم ضربه فليس بصفع بل يقال ضربه بجمع مصباح، وماذكره من الصفع نقله فى التاترخانية ، ونقله أيضا فى النهر عن شرح الطحاوى، وقد حكاه بعضهم بقيل (قوله لا ياكافر) مفاده المنع من قول ياعدو الله بل ومن الأخذ بالتلبيب والهز والصفع إذ لاشك بأنه يؤذيه ولهذا رد بعض المحققين من الشافعية ذلك بأنه لا أصل له فى السنة ولا فعله أحد من الخلفاء الراشدين (قوله ويأثم القائل إن أذاه به) مقتضاه أنه يعزر لارتكاب الإثم بحر ، وأقره المصنف ، لكن نظر فيه فى النهر .

قلت : ولعل وجهه مامر فى يافاسق من أنه هو الذى ألحق الشين بنفسه قبل قول القائل أفاده الشارح فى التعزير ط .
قلت : لكن ذكرنا الفرق هناك فافهم .

مطلب فى أحكام الكنائس والبيع

(قوله ولايجوز أن يحدث) بضم الياء وكسر الدال وفاعله الكافر ومفعوله بيعة كما يقتضيه قول الشارح ، ولاصنما. وفى نسخة : ولايحدثوا أى أهل الذمة اه ح ومن الإحداث نقلها إلى غير موضعها كما فى البحر وغيره ط (قوله بيعة) بالكسر معبد النصارى واليهود ، كذلك الكنيسة إلا أنه غلب البيعة على معبد النصارى، والكنيسة على اليهود قهستانى . وفى النهر وغيره : وأهل مصر يطلقون الكنيسة على متعبدهما ويخصان اسم الدير بمعبد النصارى .

قلت : وكذا أهل الشام در منتقى والصومعة بيت يبنى برأس طويل ليتعبد فيه بالانقطاع عن الناس بحر (قوله ولامقبرة) عزاه المصنف إلى الخلاصة ، ثم ذكر مايخالفه عن جواهر الفتاوى ثم قال : والظاهر الأول ، ومن ثم عولنا عليه فى المختصر .

مطلب لايجوز إحداث كنيسة فى القرى ومن أفتى بالجواز فهو مخطىء ويحجر عليه

(قوله ولو قرية فى المختار) نقل تصحيحه فى الفتح عن شرح شمس الأئمة السرخسى فى الإجارات ثم قال : إنه المختار ، وفى الوهبانية إنه الصحيح من المذهب الذى عليه المحققون إلى أن قال : فقد علم أنه لايحل الإفتاء بالإحداث فى القرى لأحد من أهل زمامنا بعد ماذكرنا من التصحيح ، والاختيار للفتوى ، وأخذ عامة المشايخ ولايلتفت إلى فتوى من أفتى بما يخالف هذا ، ولا يحل العمل به ولا الأخذ بفتواه ، ويحجر عليه فى الفتوى ، ويمنع لأن ذلك منه مجرد إتباع هوى النفس وهو حرام لأنه ليس له قوة الترجيح ، لوكان الكلام مطلقا فكيف مع وجود النقل بالترجيح والفتوى فتنبه لذلك ، والله الموفق .

مطلب تهدم الكنائس من جزيرة العرب ولا يمكنون من سكناها

قال فى النهر : والخلاف فى غير جزيرة العرب ، أما هى فيمنعون من قراها أيضا لخبر «لايجتمع دينان فى جزيرة العرب» اه .

(ويعاد المنهدم) أى لا ما هدمه الإمام، بل ما انهدم أشباه فى آخر الدعاء برفع الطاعون

قلت : الكلام فى الإحداث مع أن أرض العرب لاتقر فيها كنيسة ولو قديمة فضلا عن إحداثها لأنهم لايمكنون من السكنى بها للحديث المذكور كما يأتى وقد بسطه فى الفتح وشرح السير الكبير وتقدم تحديد جزيرة العرب أول الباب المار .

مطلب فى بيان أن الأمصار ثلاثة وبيان إحداث الكنائس فيها

[تنبيه] فى الفتح: قيل الأمصار ثلاثة مامصره المسلمون ، كالكوفة ، والبصرة وبغداد ، وواسط ، ولا يجوز فيه إحداث ذلك إجماعا ، وما فتحه المسلمون عنوة فهو كذلك ، وما فتحوه صلحا فإن وقع على أن الأرض لهم جاز الإحداث وإلا فلا إلا إذا شرطوا الإحداث اه ملخصا وعليه فقوله : ولا يجوز أن يحدثوا مقيد بما إذا لم يقع الصلح على أن الأرض لهم أو على الاحداث ، لكن ظاهر الرواية أنه لااستثناء فيه كما فى البحر والنهر .

قلت : لكن إذا صالحهم على أن الأرض لهم فلهم الإحداث إلا إذا صار مصرا للمسلمين بعد فإنهم يمنعون من الإحداث بعد ذلك ، ثم لو تحول المسلمون من ذلك المصر إلا نفرا يسيرا فلهم الإحداث أيضا ، فلو رجع المسلمون إليه لم يهدموا ما أحدث قبل عودهم كما فى شرح السير الكبير ، وكذا قوله وما فتح عنوة فهو كذلك ليس على إطلاقه أيضا بل هو فيما قسم بين الغانمين أو صار مصرا للمسلمين ، فقد صرح فى شرح السير بأنه لو ظهر على أرضهم وجعلهم ذمة لايمنعون من إحداث كنيسة لأن المنع مختص بأمصار المسلمين التى تقام فيها الجمع والحدود ، فلو صارت مصرا للمسلمين منعوا من الإحداث ، ولا تترك لهم الكنائس القديمة أيضا كما لو قسمها بين الغانمين لكن لاتهدم ، بل يجعلها مساكن لهم لأنها مملوكة لهم ، بخلاف ماصالحهم عليها قبل الظهور عليهم ، فإنه يترك لهم القديمة ويمنعهم من الأحداث بعد ماصارت من أمصار المسلمين اه ملخصا .

مطلب لو اختلفنا معهم فى أنها صلحية أو عنوية فان وجد أثر وإلا تركت بأيديهم

[تتمة] لو كانت لهم كنيسة فى مصر فادعوا أنا صالحناهم على أرضهم ، وقال المسلمون : بل فتحت عنوة وأراد منعهم من الصلاة فيها وجهل الحال لطول العهد سأل الإمام الفقهاء ، وأصحاب الأخبار فإن وجد أثرا عمل به ، فإن لم يجد أو اختلفت الآثار جعلها أرض صلح ، وجعل القول فيها لأهلها ، لأنها فى أيديهم وهم متمسكون بالأصل وتمامه فى شرح السير (قوله ويعاد المنهدم) هذا فى القديمة التى صالحناهم على إبقائها قبل الظهور عليهم قال فى الهداية لأن الأبنية لاتبقى دائما ولما أقرهم الإمام فقد عهد إليهم الإعادة إلا أنهم لايمكنون من نقلها لأنه إحداث فى الحقيقة اه .

مطلب إذا هدمت الكنيسة ولو بغير وجه لاتجوز إعادتها

(قوله أشباه) حيث قال فى فائدة نقل السبكى الإجماع على أن الكنيسة إذا هدمت ولو بغير وجه لايجوز إعادتها ذكره السيوطى فى حسن المحاضرة .

قلت : يستنبط منه أنها إذا قفلت ، لاتفتح ولو بغير وجه كما وقع ذلك فى عصرنا بالقاهرة فى كنيسة بحارة زويلة قفلها الشيخ محمد بن إلياس قاضى القضاة ، فلم تفتح إلى الآن حتى ورد الأمر السلطانى بفتحها فلم يتجاسر حاكم على فتحها ، ولا ينافى ما نقله السبكى قول أصحابنا يعاد المنهدم لأن الكلام فيما هدمه الإمام لا فيما تهدم فليتأمل اه .

(من غير زيادة على البناء الأول) ولا يعدل

قال الخير الرملي فى حواشي البحر أقول : كلام السبكى عام فيما هدمه الإمام وغيره فى كلام الأشباه يخص الأول . والذى يظهر ترجيحه العموم لأن العلة فيما يظهر أن في إعادتها بعد هدم المسلمين استخفافا بهم ، وبالإسلام وإخمادا لهم وكسرا لشوكتهم ، ونصرا للكفر وأهله غاية الأمر أن فيه افتياتا على الإمام فيلزم فاعله التعزير كما إذا أدخل الحربى بغير إذنه يصح أمانه ويعزر لافتياته ، بخلاف ما إذا هدموها بأنفسهم فإنها تعاد كما صرح به علماء الشافعية وقواعدنا لاتأباه لعدم العلة التى ذكرناها فيستثنى من عموم كلام السبكى اه :

مطلب ليس المراد من إعادة المنهدم أنه جائز نأمرهم به بل المراد نتركهم وما يدينون

[تنبيه] ذكر الشرنبلالى في رسالة فى أحكام الكنائس عن الإمام السبكى أن معنى قولهم لانمنعهم من الترميم ليس المراد أنه جائز نأمرهم به بل بمعنى نتركهم وما يدينون فهو من جملة المعاصى التى يقرون عليها كشرب الخمر ونحوه ولا نقول : إن ذلك جائز لهم ، فلا يحل للسلطان ولا للقاضى أن يقول لهم افعلوا ذلك ولا أن يعينهم عليه ، ولا يحل لأحد من المسلمين أن يعمل لهم فيه ، ولا يخفى ظهوره وموافقته لقواعدنا .

مطلب لم يكن من الصحابة صلح مع اليهود

ثم نقل عن السراج البلقينى فى كنيسة لليهود ماحاصله : أن الصحابة رضى الله تعالى عنهم عند فتح النواحى لم يكن منهم صلح مع اليهود أصلا اه :

قلت : وهذا ظاهر فإن البلاد كانت بيد النصارى ، ولم تزل اليهود مضروبة عليهم الذلة ؛ ثم رأيت فى حاشية شيخ مشايخنا الرحمتى كتب عند قول الشارح فى خطبة الإمام بجامع بنى أمية مانصه : ثم نقض أهل الذمة عهدهم فى وقعة التتار وقتلوا عن آخرهم فكنائسهم الآن موضوعة بغير حق اه :

مطلب مهم حادثة الفتوى فى أخذ النصارى كنيسة مهجورة لليهود

ويؤخذ من هذا حكم حادثة الفتوى الواقعة فى عام ثمانية وأربعين بعد المائتين والألف قريبا من كتابتى لهذا المحل ، وهى أن كنيسة لفرقة من اليهود تسمى اليهود القرايين مهجورة من قديم لفقد هذه الفرقة وانقطاعهم فى دمشق ، فحضر يهودى غريب هو من هذه الفرقة إلى دمشق ، فدفع له النصارى دراهم معلومة ، وأذن لهم فى بنائها ، وأن يجعلوها معبدا لهم ، وصدق لهم على ذلك جماعة من اليهود لقوة شوكة النصارى فى ذلك الوقت ، وبلغنى أن الكنيسة المذكورة فى داخل حارة لليهود مشتملة على دور عديدة وأن مراد النصارى شراء الحارة المذكورة وإدخالها للكنيسة ، وطلبوا فتوى على صحة ذلك الإذن ، وعلى كونها صارت معبدا للنصارى ، فامتنعت من الكتابة .

مطلب فيما أفتى به بعض المتهورين فى زماننا

وقلت : إن ذلك غير جائز فكتب لهم بعض المتهورين طمعا فى عرض الدنيا أن ذلك صحيح جائز ، فقويت بذلك شوكتهم ، وعرضوا ذلك على ولى الأمر ليأذن لهم بذلك حيث وافق غرضهم الحكم الشرعى ، بناء على ما أفتاهم به ذلك المفتى ولا أدرى(١) مايئول إليه الأمر وإلى الله المشتكى .

---

(١) قوله (ولا أدرى الخ) قلت : آل الأمر بعد سنة إلى أن شرعوا فى عمارتها على أحسن ما أرادوا مع غصب أماكن حولها أخذوها من المسلمين قهرا ، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

عن النقض الأول إن كفى وتمامه فى شرح الوهبانية

ومستندى فيما قلته أمور : منها ماعلمته من أن اليهود لاعهد لهم ، فالظاهر أن كنائسهم القديمة أقرت مساكن لامعابد ، فتبقى كما أبقيت عليه ، وما علمته أيضا من أن أهل الذمة نقضوا عهدهم لقتالهم المسلمين مع التتار الكفار فلم يبق لهم عهد فى كنائسهم فهى موضوعة الآن بغير حق ، ويأتى قريبا عند قوله وسب النبى صلى الله عليه وسلم أن عهد أهل الذمة فى الشام مشروط بأن لايحدثوا بيعة ، ولا كنيسة ، ولايشتموا مسلما ولايضربوه ، وأنهم إن خالفوا فلا ذمة لهم :

ومنها : أن هذه كنيسة مهجورة انقطع أهلها وتعطلت عن الكفر فيها فلا تجوز الإعانة على تجديد الكفر فيها ، وهذا إعانة على ذلك بالقدر الممكن حيث تعطلت عن كفر أهلها :

وقد نقل الشرنبلالى فى رسالته عن الإمام القرافى أنه أفتى بأنه لايعاد ما أنهدم من الكنائس ، وأن من ساعد على ذلك فهو راض بالكفر والرضا بالكفر كفر اه فنعوذ بالله من سوء المنقلب :

ومنها : أن عداوة اليهود للنصارى أشد من عداوتهم لنا ، وهذا الرضا والتصديق ناشئ عن خوفهم من النصارى لقوة شوكتهم كما ذكرناه :

ومنها : أنها إذا كانت معينة لفرقة خاصة ليس لرجل من أهل تلك الفرقة أن يصرفها إلى جهة أخرى ، وإن كان الكفر ملة واحدة عندنا كمدرسة موقوفة على الحنفية مثلا لايملك أحد أن يجعلها لأهل مذهب آخر وإن اتحدت الملة :

ومنها : أن الصلح العمرى الواقع حين الفتح مع النصارى إنما وقع على إبقاء معابدهم التى كانت لهم إذ ذاك ، ومن جملة الصلح معهم كما علمته آنفا أن لايحدثوا كنيسة ولا صومعة ، وهذا إحداث كنيسة لم تكن لهم بلا شك ، واتفقت مذاهب الأئمة الأربعة على أنهم يمنعون عن الإحداث كما بسطه الشرنبلالى بنقله نصوص أئمة المذاهب ، ولايلزم من الإحداث أن يكون بناء حادثا ، لأنه نص فى شرح السير وغيره على أنه لو أرادوا أن يتخذوا بيتالهم معدا للسكنى كنيسة يجتمعون فيه يمنعون منه لأن فيه معارضة للمسلمين وازدراء بالدين اه أى لأنه زيادة معبد لهم عارضوا به معابد المسلمين ، وهذه الكنيسة كذلك جعلوها معبدا لهم حادثا فما أفتى به ذلك المسكين خالف فيه إجماع المسلمين ، وهذا كله مع قطع النظر عما قصدوه من عمارتها بأنقاض جديدة وزيادتهم فيها فإنها لو كانت كنيسة لهم يمنعون من ذلك بإجماع أئمة الدين أيضا ولا شك أن من أفتاهم وساعدهم وقوى شوكتهم يخشى عليه سوء الخاتمة والعياذ بالله تعالى (قوله عن النقض) بالضم ماانتقض من البنيان قاموس (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) ذكر عبارته فى النهر حيث قال : قال فى عقد الفرائد : وهذا أى قولهم من غير زيادة يفيد أنهم لايبنون ماكان باللبن بالآجر ، ولا ماكان بالآجر بالحجر ولا ماكان بالجريد ، وخشب النخل بالنقى والساج ولا بياض لم يكن : قال : ولم أجد فى شئ من الكتب المعتمدة أن لاتعاد إلا بالنقض الأول وكون ذلك مفهوم الإعادة شرعا ولغة غير ظاهر عندى على أنه وقع فى عبارة محمد يبنونها وفى إجارة الخانية يعمروا وليس فيهما مايشعر باشتراط النقض الأول :

مطلب فى كيفية إعادة المنهدم من الكنائس

وفى الحاوى القدسى : وإذا انهدمت البيع والكنائس لذوى الصلح إعادتها باللبن والطين إلى مقدار ماكان قبل ذلك ، ولا يزيدون عليه ، ولا يشيدونها بالحجر والشيد والآجر ، وإذا وقف الإمام على بيعة جديدة أو بنى منها فوق ماكان فى القديم خربها وكذا مازاد فى عمارتها العتيقة اه ومقتضى النظر أن النقض الأول حيث وجد

وأما القديمة فتترك مسكنا فى الفتحية ومعبدا فى الصلحية بحر خلافا لما فى القهستانى فتنبه (ويميز الذمى عنا فى زيه) بالكسر لباسه وهيئته ومركبه وسرجه وسلاحه (فلا يركب خيلا) إلا إذا استعان بهم الإمام لمحاربة وذب عنا ذخيرة وجاز بغل كحمار تتارخانية وفى الفتح وهذا عند المتقدمين واختار المتأخرون أنه لا يركب أصلا

كافيا للبناء الأول لا يعدل عنه إلى آلة جديدة إذ لا شك فى زيادة الثانى على الأول حينئذ اه (قوله وأما القديمة الخ) مقابل قوله : ولا يحدث بيعة ولا كنيسة ، وكان الأولى ذكره قبل قوله ويعاد المنهدم لأن إعادة المنهدم إنما هى فى القديمة دون الحادثة (قوله فى الفتحية) أراد بها المفتوحة عنوة بقرينة مقابلتها بالصلحية (قوله بحر) عبارته قال فى فتح القدير : واعلم أن البيع والكنائس القديمة فى السواد لا تهدم على الروايات كلها ، وأما فى الأمصار فاختلف كلام محمد ، فذكر فى العشر والخراج تهدم القديمة وذكر فى الإجارة لا تهدم ، وعمل الناس على هذا فإنا رأينا كثيرا منها توالت عليها أئمة وأزمان ، وهى باقية لم يأمر إمام بهدمها ؛ فكانا متوارثا من عهد الصحابة وعلى هذا لو مصرنا برية فيها أو كنيسة فوقع داخل السور ، ينبغى أن لا يهدم لأنه كان مستحقا للأمان قبل وضع السور فيحمل ما فى جوف القاهرة من الكنائس على ذلك ، فإنها كانت قضاء فأدار العبيديون عليها السور ، ثم فيها الآن كنائس ويبعد من إمام تمكين الكفار من إحداثها جهارا وعلى هذا أيضا فالكنائس الموضوعة الآن فى دار الإسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغى أن لا تهدم لأنها إن كانت فى الأمصار قديمة ، فلا شك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقوها ، وبعد ذلك ينظر فإن كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بأنهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب ، وإن عرف أن فتحت صلحا حكمنا بأنهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الإظهار اه .

قلت : وقوله فوقع داخل السور ينبغى أن لا يهدم ظاهره أنه لم يره منقولا وقد صرح به فى الذخيرة وشرح السير ، وقوله : وبعد ذلك ينظر الخ قدمنا ما لو اختلف فى أنها فتحية أو صلحية ولم يعلم من الآثار والأخبار تبقى فى أيديهم (قوله خلافا لما فى القهستانى) أى عن التتمة من أنها فى الصلحية تهدم فى المواضع كلها فى جميع الروايات .

مطلب فى تمييز أهل الذمة فى الملبس

(قوله ويميز الذمى الخ) حاصله : أنهم لما كانوا مخالطين أهل الإسلام ، فلا بد من تمييزهم عنا كى لا يعامل معاملة المسلم من التوقير والاجلال ، وذلك لا يجوز وربما يموت أحدهم فجأة فى الطريق ولا يعرف فيصلى عليه ، وإذا وجب التمييز وجب أن يكون بما فيه صغار لا إعزاز لأن إذلا لهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة فتح (قوله ومركبه) مخالفة الهيئة فيه إنما تكون إذا ركبوا من جانب واحد وغالب ظنى أنى سمعته من الشيخ الأخ كذلك نهر .

قلت : وهو كذلك ففى رسالة العلامة قاسم فى الكنائس ، وقد كتب عمر إلى أمراء الأجناد أن يختموا أهل الذمة بالرصاص ويركبوا على الأكف عرضا (قوله وسلاحه) تبع فيه الدرر وهو مناف لقوله تبعا لغيره من أصحاب المتون ، ولا يعمل بسلاح إلا أن يحمل على ما إذا استعان بهم الإمام أو المراد من تمييزه فى سلاحه بأن لا يحمل سلاحا ، وهو بعيد تأمل (قوله إلا إذا استعان بهم الإمام الخ) لكنه يركب فى هذه الحالة بإكاف لا بسرج كما قال بعضهم نهر (قوله وذب) بالذال المعجمة أى دفع وطرد العدو (قوله وجاز بغل) أى إن لم يكن فيه عز وشرف وتمامه فى شرح الوهبانية (قوله وهذا) أى جواز ركوبه لبغل أو حمار وكان ينبغى تأخير هذه الجملة

إلا لضرورة وفى الأشباه. والمعتمد أن لايركبوا مطلقا ولايلبسوا العمائم وإن ركب الحمار لضرورة نزل فى المجامع (ويركب سرجا كالأكف) كالبرذعة فى مقدمة شبه الرمانة (ولايعمل بسلاح ويظهر الكستيج) فارسى معرب الزنار من صوف أو شعر ، وهل يلزم تمييزهم بكل العلامات خلاف أشباه. والصحيح إن فتحها عنوة فله ذلك وإلا فعلى الشرط تتارخانية (ويمنع من لبس العمامة) ولو زرقاء أو صفراء على الصواب نهر ونحوه فى البحر واعتمده فى الأشباه كما قدمناه وإنما تكون طويلة سوداء (و) من (زنار

كلها عن قوله ويركب سرجا كالأكف (قوله إلا لضرورة) كما إذا خرج إلى قرية أو كان مريضا فتح (قوله والمعتمد أن لايركبوا) كتب بعضهم هنا أن الصواب يركبون بالنون، كما هو عبارة الأشباه لعدم الناصب والجازم وأن مخففة من الثقيلة واسمها ضمير الشأن. أقول: هذا التصويب خطأ محض، لأن المخففة من الثقيلة التى لا تنصب المضارع شرطا أن تقع بعد فعل اليقين أو ماينزل منزلته نحو —علم أن سيكون— أفلا يرون أن لايرجع— وهذه ليست كذلك بل هى المصدرية الناصبة نحو —وأن تصوموا خير لكم— (قوله مطلقا) أى ولو حمارا (قوله فى المجامع) أى فى مجامع المسلمين إذا مر بهم فتح (قوله كالأكف) بضمتين جمع إكاف مثل حمار وحمر مصباح فكان الأولى التعبير بالإكاف المفرد (قوله كالبرذعة) بدل من قوله كالأكف قال فى المصباح البرذعة بالذال والدال حلس يجعل تحت الرحل والجمع البراذع هذا هو الأصل. وفى عرف زماننا هى للحمار ما يركب عليه بمنزلة السرج للفرس اه فالمراد هنا المعنى العرفى لا اللغوى (قوله ولايعمل بسلاح) أى لايستعمله ولايحمله لأنه عز وكل ما كان كذلك يمنعون عنه.

قلت: ومن هذا الأصل تعرف أحكام كثيرة درمنتقى (قوله ويظهر الكستيج) بضم الكاف وبالجيم كما فى القهستانى فارسى معرب معناه العجز والذل كما فى النهر، فيشمل القلنسوة والزنار والنعل لوجود الذل فيها، ولقوله فى البحر وكستيجات النصارى قلنسوة سوداء من اللبد مضربة وزنار من الصوف اه فتعبيره بخصوص الزنار بيان لبعض أنواعه اه ح (قوله الزنار) بوزن تفاح وجمعه زنانير مصباح، وفى البحر عن المغرب أنه خيط غليظ بقدر الأصبع يشده الذمى فوق ثيابه. قال القهستانى وينبغى أن يكون من الصوف أو الشعر وأن لايجعل له حلقة تشده كما يشد المسلم المنطقة بل يعلقه على اليمين أو الشمال كما فى المحيط (قوله ولو زرقاء أو صفراء) أى خلافا لما فى الفتح من أنه إذا كان المقصود العلامة يعتبر فى كل بلدة متعارفها، وفى بلادنا جعلت العلامة فى العمامة فألزم النصارى بالأزرق واليهود بالأصفر، واختص المسلمون بالأبيض قال فى النهر: إلا أنه فى الظهيرية قال: وأما لبس العمامة والزنار الإبريسم فجفاء فى حق أهل الإسلام، ومكسرة لقلوبهم وهذا يؤذن بمنع التمييز بها، ويؤيده ماذكره فى التتارخانية حيث صرح بمنعهم من القلانس الصغار، وإنما تكون طويلة من كرباس مصبوغة بالسواد مضربة مبطنة، وهذا فى العلامة أولى وإذا عرف هذا فمنعهم من لبس العمائم هو الصواب الواضح بالتبيان فأيد الله سلطان زماننا، ولسعادته أبد وللملكه شيد ولأمره سدد إذ منعهم من لبسها اه.

قلت: وهذا هو الموافق لما ذكره أبو يوسف فى كتاب الخراج من إلزامهم لبس القلانس الطويلة المضربة، وأن عمر كان يأمر بذلك ومن منعهم من لبس العمائم.

[تنبيه] قال فى الفتح وكذا تؤخذ نساؤهم بالزى فى الطرق فيجعل على ملاءة اليهودية خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا فى الحمامات اه أى فيجعل فى أعناقهن طوق الحديد كما فى الاختيار قال فى الدر المنتقى قلت: وسيجىء أن الذمية فى النظر إلى المسلمة كالرجل الأجنبى فى الأصح فلا تنظر أصلا إلى المسلمة فليتنبه لذلك اه ومفاده منعهن من دخول حمام فيه مسلمة، وهو خلاف المفهوم من كلامهم هنا تأمل (قوله وإنما تكون طويلة سوداء)

الإبريسم والثياب الفاخرة المختصة بأهل العلم والشرف) كصوف مربع وجوخ رفيع وأبراد رقيقة ومن استكتاب ومباشرة يكون بها معظما عند المسلمين وتمامه فى الفتح . وفى الحاوى : وينبغى أن يلازم الصغار فيما يكون بينه وبين المسلم فى كل شىء وعليه فيمنع من القعود حال قيام المسلم عنده بحر . ويحرم تعظيمه ، وتكره مصافحته ، ولا يبدأ بسلام إلا لحاجة ولا يزاد فى الجواب على وعليك ويضيق عليه فى المرور ويجعل على داره علامة وتمامه فى الأشباه من أحكام الذمى. وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى : ويمنعون من استيطان مكة والمدينة لأنهما من أرض العرب قال عليه الصلاة والسلام « لايجتمع فى أرض العرب دينان » واودخل لتجارة جاز ولايطيل . وأما دخوله المسجد الحرام فذكر فى السير الكبير المنع ، وفى الجامع الصغير عدمه والسير الكبير آخر تصنيف محمد رحمه الله تعالى

ظاهره أن الضمير للعمامة وليس كذلك بل هو للقلنسوة ، لأن المقصود منعهم من العمامة ولو غير طويلة وإلزامهم بالقلنسوة الطويلة كما علامته فكان الصواب أن يقول : إنما يلبس قلنسوة طويلة سوداء والقلنسوة هى التى يدخل فيها الرأس ، والعمامة مايدار عليها من منديل ونحوه (قوله الإبريسم) بكسر الهمزة والراء وفتح السين وهو الحرير قال فى المصباح : الحريرة واحدة الحرير وهو الإبريسم (قوله كصوف مربع) لعله الفرجية فإنه الآن من خصوصيات أهل القرآن والعلم ط (قوله وأبراد رقيقة) البرد نوع من الثياب مخطط كما فى النهاية (قوله وتمامه فى الفتح) حيث قال : بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة لهم خوفا من أن يتغير خاطره منه ، فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر ثم قال : وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا أردية كأرديتهم هكذا أمروا واتفقت الصحابة على ذلك اه وقال أيضا ولاشك فى وقوع خلاف هذا فى هذه الديار اه .

قلت : وفى هذه السنة فى البلاد الشامية استأسدت اليهود والنصارى على المسلمين ولله در القائل :

أحبابنا نوب الزمان كثيرة ... وأمرّ منها رفعة السفهاء
فمتى يفيق الدهر من سكراته ... وأرى اليهود بذلة الفقهاء

(قوله وينبغى أن يلازم الصغار) أى الذل والهوان ، والظاهر أن ينبغى هنا بمعنى يجب قال فى البحر : وإذا وجب عليهم إظهار الذل والصغار مع المسلمين وجب على المسلمين عدم تعظيمهم لكن قال فى الذخيرة : إذا دخل يهودى الحمام إن خدمه المسلم طمعا فى فلوسه فلا بأس به ، وإن تعظيما له فإن كان ليميل قلبه إلى الإسلام فكذلك وإن لم ينو شيئا مما ذكرنا كره وكذا لو دخل ذمى على مسلم فقام له ليميل قلبه إلى الإسلام فلا بأس وإن لم ينو شيئا أو عظمه لغناه كره اه قال الطرسوسى : وإن قام تعظيما لذاته وما هو عليه كفر لأن الرضا بالكفر كفر فكيف بتعظيم الكفر اه .

قلت : وبه علم أنه لو قام له خوفا من شره ، فلا بأس أيضا بل إذا تحقق الضرر ، فقد يجب وقد يستحب على حسب حال مايتوقعه (قوله ويضيق عليه فى المرور) بأن يلجئه إلى أضيق الطريق ، وعبارة الفتح ويضيق عليهم فى الطريق (قوله ويجعل على داره علامة) لئلا يقف سائل فيدعو له بالمغفرة أو يعامله فى التضرع معاملة المسلمين فتح (قوله لأنهما من أرض العرب) أفاد أن الحكم غير مقصور على مكة والمدينة ، بل جزيرة العرب كلها كذلك كما عبر به فى الفتح وغيره وقدمنا تحديدها ، والحديث المذكور قاله عليه الصلاه والسلام فى مرضه الذى مات فيه كما أخرجه فى الموطأ وغيره وبسطه فى الفتح (قوله ولا يطيل) فيمنع أن يطيل فيها المكث حتى يتخذ فيها مسكنا لأن حالهم فى المقام فى أرض العرب مع التزام الجزية كحالهم فى غيرها بلا جزية وهناك لايمنعون من التجارة ، بل

فالظاهر أنه أورد فيه مااستقر عليـــه الحال انتهى ، وفى الخانية تميز نساؤهم لاعبيدهم بالـكستيج (الذمى إذا اشترى دارا) أى أراد شراءها (فى المصر لاينبغى أن تباع منه فلو اشترى يجبر على بيعها من المسلم) وقيل لايجبر إلا إذا كثر درر .

قلت : وفى معروضات المفتى أبى السعود من كتاب الصلاة سئل عن مسجد لم يبق فى أطرافه بيت أحد من المسلمين وأحاط به الـكفرة فـكان الإمام والمؤذن فقط لأجل وظيفتهما يذهبان إليه فيؤذنان ويصليان به فهل تحل لهم الوظيفة ؟ فأجاب بقوله : تلك البيوت تأخذها المسلمون بقيمتها جبرا على الفور وقد ورد الأمر الشريف السلطانى بذلك فالحاكم لايؤخرهذا أصلا ، وفيها من الجهاد ،وبعد أن ورد الأمر الشريف السلطانى بعدم استخدام الذميين للعبيد والجوارى لو استخدم ذمى عبداً أو جارية ماذا يلزمه ؟

من إطالة المقام فـكذلك فى أرض العرب شرح السير وظاهره أن حد الطول سنة تأمل (قوله فالظاهر أنه أورد فيه ما استقر عليه الحال) أى فيكون المنع هو المعتمد فى المذهب :

قلت : لـكن الذى ذكره أصحاب المتون فى كتاب الحظر والإباحة أن الذمى لايمنع من دخول المسجد الحرام وغيره وذكر الشارح هناك أن قول محمد والشافعى وأحمد المنع من المسجد الحرام ،فالظاهر أن مافى السير الـكبير هو قول محمد وحده دون الإمام ، وأن أصحاب المتون على قول الإمام ، ومعلوم أن المتون موضوعة لنقل ماهو المذهب ، فلا يعدل عما فيها على أن الإمام السرخسى ذكر فى شرح السير الـكبير أن أبا سفيان جاء إلى المدينة ، ودخل المسجد ، ولذلك قصة قال فهذا دليل لنا على مالك رحمه الله تعالى بمنعه المشرك ، من أن يدخل شيئا من المساجد ثم قال : إن الشافعى قال يمنعون من دخول المسجد الحرام خاصة للآية - إنما المشركون نجس — فأما عندنا لايمنعون كما لايمنعون عن دخول سائر المساجدويستوى فى ذلك الحربى والذمى الخ(قوله وفى الخانية الخ) كان الأولى تقديمه على مسألة الا ستيطان ثم إن ظاهره أن نساءهم تميز بالـكستيج دون العبيد مع أنه ليس فى عبارة الخانية ذكر النساء أصلا ، ونصها : ولا يؤخذ عبيد أهل الذمة بالـكستيجات ، وهـكذا نقله عنها فى البحر والنهر وعبارة النهر قالوا ويجب أن تميز نساؤهم أيضا عن نسائنا فى الطرقات والحمامات وفى الخانية ولا يؤخذ عبيد أهل الذمة بالـكستيجات اهـ :

مطلب فى سكنى أهل الذمة المسلمين فى المصر

(قوله الذمى إذا اشترى دارا الخ) قال السرخسى فى شرح السير فإن مصر الإمام فى أراضيهم للمسلمين كما مصر عمر رضى الله عنه البصرة والـكوفة ، فاشترى بها أهل الذمة دورا وسكنوا مع المسلمين ، لم يمنعوا من ذلك فإنا قبلنا منهم عقد الذمة ، ليقفوا على محاسن الدين ، فعسى أن يؤمنوا واختلاطهم بالمسلمين والسكن معهم يحقق هذا المعنى ، وكان شيخنا الإمام شمس الأئمة الحلوانى يقول : هذا إذا قلوا وكان بحيث لاتنعطل جماعات المسلمين ولا تتقلل الجماعة بسكناهم بهذه الصفة فأما إذا كثروا على وجه يؤدى إلى تعطيل بعض الجماعات أو تقليلها منعوا من ذلك وأمروا أن يسكنوا ناحية ليس فيها للمسلمين جماعة ، وهذا محفوظ عن أبى يوسف فى الأمالى اهـ (قوله أى أراد شراءها) إنما فسره بهذا لقوله بعد لاينبغى أن تباع منه ط (قوله وقيل لايجبر إلا إذا كثر) نقله فى البحر عن الصغرى بعد أن نقله عن الخانية ، بلا تقييد بالـكثرة ، ولـكن لم يعبر عنه بقيل ،ولا يخفى أن هذا القيد يصلح توفيقا بين القولين وهذا قول شمس الأئمة الحلوانى كما علمته آنفا ومشى عليه فى الوهبانية وشرحها ، وكذا قال

فأجاب : يلزمه التعزير الشديد والحبس ففي الخانية : ويؤمرون بما كان استخفافا لهم وكذا تميز دورهم عن دورنا انتهى فليحفظ ذلك (وإذا تكارى أهل الذمة دورا فيما بين المسلمين ليسكنوا فيها) فى المصر (جاز) لعود نفعه إلينا وليروا تعاملنا فيسلموا (بشرط عدم تقليل الجماعات لسكناهم) شرطه الإمام الحلوانى (فإن لزم ذلك من سكناهم أمروا بالاعتزال عنهم والسكنى بناحية ليس فيها مسلمون) وهو محفوظ عن أبي يوسف بحر عن الذخيرة ، وفى الأشباه : واختلف فى سكناهم بيننا فى المصر والمعتمد الجواز فى محلة خاصة انتهى ، وأقره المصنف وغيره ، لكن رده شيخ الإسلام جوى زاده ، وجزم بأنه فهم خطأ فكأنه فهم من الناحية المحلة ، وليس كذلك فقد صرح التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير بعد ما نقل عن الشافعى أنهم يؤمرون ببيع دورهم فى أمصار المسلمين وبالخروج عنها ، وبالسكنى خارجها لئلا يكون لهم محلة خاصة

الخير الرملى إن الذى يجب أن يعول عليه التفصيل ، فلا نقول بالمنع مطلقا ولا بعدمه مطلقا بل يدور الحكم على القلة والكثرة والضرر والمنفعة وهذا هو الموافق للقواعد الفقهية فتأمل اه (قوله فأجاب الخ) هذا الجواب مبنى على اختيار الحلوانى وغيره قال ط : ولم يجب عن المسئول عنه وجوابه أنهما يستحقان الوظيفة لقيامهما بالعمل اه .

قلت : وإنما تركه لظهوره وتنبيها على ماهو الأهم فهو من أسلوب الحكيم كما فى قوله تعالى ـ يسألونك عن الأهلة ـ الآية (قوله ففى الخانية الخ) أى والاستخدام المذكور ينافى الاستخفاف (قوله وإذا تكارى الخ) شروع فى الكراء بعد الفراغ من الشراء ، وظاهر كلام المصنف الفرق بينهما ، وهو مبنى على القول بالجبر على البيع مطلقا وقد علمت أن المعول عليه القول بالتفصيل ، فلا فرق بين الكراء والشراء بل أصل العبارة المذكورة إنما هو فى الشراء كما نقلناه آنفا عن السرخسى (قوله فى المصر) الظاهر أنه غير قيد بعد اعتبار الشرط المذكور (قوله ليس فيها مسلمون) هو فى معنى مامر من قوله ليس فيها للمسلمين جماعة لأن من شأن المسلمين إقامة الجماعة (قوله لكن رده الخ) وعبارته كما رأيته فى حاشية الحموى وغيرها قوله فى محلة خاصة ، هذا اللفظ لم أجده لأحد ، وإنما الموجود فى الكتب أن الجواز مقيد بما ذكره الحلوانى بقوله هذا إذا قلوا بحيث لا تتعطل بسبب سكناهم جماعات المسلمين ، ولا تتقلل أما إذا تعطلت أو تقللت ، فلا يمكنون من السكنى فيها ، ويسكنون فى ناحية ليس فيها للمسلمين جماعة ، فكأن المصنف فهم من الناحية المحلة ، وليس كذلك بل قد صرح التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير بعد مانقل عن الشافعى أنهم يؤمرون ببيع دورهم فى أمصار المسلمين ، والخروج عنها وبالسكنى خارجها لئلا تكون لهم منعة كمنعة المسلمين بمنعهم عن أن تكون لهم محلة خاصة حيث قال بعد ماذكرناه نقلا عن النسفى ، والمراد أى بالمنع المذكور عن الأمصار أن يكون لهم فى المصر محلة خاصة يسكنونها ولهم فيها منعة كمنعة المسلمين فأما سكناهم بينهم وهم مقهورون فلا كذلك اه .

قلت : وقوله بمنعهم متعلق بقوله صرح وقوله : حيث قال أى التمرتاشى وحاصل كلامه أن المحلة من جملة المصر مع أن الحلوانى قال : لا يمكنون من السكنى فيها أى فى المصر ويسكنون فى ناحية الخ فهو صريح بأنه إذا لزم تقليل الجماعة يسكنون فى ناحية خارجة عن المصر فهى غير المحلة ، وصريح كلام التمرتاشى أيضا منعهم عن أن يكون لهم محلة خاصة فى المصر وإنما يسكنون بينهم مقهورين ، يعنى إذا لم يلزم تقليل الجماعة ، فتحصل من مجموع كلام الحلوانى والتمرتاشى : أنه إذا لزم من سكناهم فى المصر تقليل الجماعة أمروا بالسكنى فى ناحية خارج المصر ، ليس فيها جماعة للمسلمين وإن لم يلزم ذلك يسكنون فى المصر بين المسلمين مقهورين لا فى محلة خاصة فى المصر لأنه يلزم منه أن يكون لهم فى مصر المسلمين منعة كمنعة المسلمين ، بسبب اجتماعهم فى محلتهم فافهم (قوله أنهم يؤمرون)

نقلا عن النسفى ، والمراد أى بالمنع المذكور عن الأمصار أن يكون لهم فى المصر محلة خاصة يسكنونها ولهم فيها منعة عارضة كمنعة المسلمين فإما سكنا بينهم وهم مقهورون ، فلا كذلك كذا فى فتاوى الإسكوبى فليحذر

مفعول نقل ط (قوله نقلا) حال من فاعل صرح بتأويل اسم الفاعل اهـ ح (قوله والمراد) الأوضح أن يقول بأن المراد ، ويكون متعلقا بصرح ط (قوله ولهم فيها منعة) الواو للحال والمنعة بفتح النون جمع مانع أى جماعات يمنعونهم من وصول غيرهم إليهم أفاده ح وقوله : عارضة صفة منعة وعروضها إنما هو بسبب اجتماعهم فى محلة خاصة وقوله فأما سكناهم الخ مقابلة أى أن سكناهم بين المسلمين ، لافى محلة خاصة بل متفرقين بينهم وهم مقهورون لهم فلا كذلك أى فلا يكون ممنوعا .

مطلب فى منعهم عن التعلى فى البناء على المسلمين

[تنبيه] قال فى الدر المنتقى وكذا يمنعون عن التعلى في بنائهم على المسلمين ومن المساواة عند بعض العلماء نعم يبقى القديم كما فى الوهبانية وشروحها وفى المنظومة المحبية :

ويمنع الذمى من أن يسكنا　　أو أن يحل منزلا عالى البنا

إن كان بين المسلمين يسكن　　بل أهل ذمة على مابينوا اهـ

قلت : ومقتضى النظم الذى ذكره المنع ولو البناء قديما لأنه علق المنع على السكنى لاعلى التعلية فى البناء لكن سئل فى الخيرية عن طبقة ليهودى راكبة على بيت لمسلم ، يريد المسلم منعه من سكناها ، ومن التعلى عليه فأجاب : بأنه ليس للمسلم ذلك فقد جوزوا إبقاء دار الذمى العالية ، على دار المسلم وسكناها إذا ملكها مالم تنهدم فإنه لايعيدها عالية كما كانت ، وممن صرح بذلك ابن الشحنة فى شرح النظم الوهبانى وكثير من علمائنا اهـ وذكر فى جواب سؤال آخر أنه إذا كان التعلى للتحفظ من اللصوص ، لايمنع منه لأنهم نصوا على أنهم ليس لهم رفع بنائهم على المسلمين وعلة المنع مقيدة بالتعلى على المسلمين ، فإذا لم يكن ذلك بل للتحفظ ، فلا يمنعون كما هو ظاهر اهـ وقال قارىء الهداية فى فتاواه : أهل الذمة فى المعاملات كالمسلمين فما جاز للمسلم فعله فى ملكه جاز لهم ومالا فلا وإنما يمنع من تعلية بنائه إذا حصل لجاره ضرر كمنع ضوء وهواء قال : هذا هو ظاهر المذهب ، وذكر القاضى أبو يوسف فى كتاب الخراج أن للقاضى منعهم من السكنى بين المسلمين ، بل يسكنون منعزلين قال قارىء الهداية : وهو الذى أفتى به أنا اهـ أى لأنه إذا كان له منعهم من السكنى بيننا ، فله منعهم من التعلى بالأولى ، وذكر فى جواب آخر لايجوز لهم أن يعلوا بناءهم على بناء المسلمين : ولا أن يسكنوا دارا عالية البناء بين المسلمين بل يمنعون أن يسكنوا محلات المسلمين اهـ . وهذا ميل منه إلى مانقله عن أبى يوسف ، وأفتى به أولا أيضا والظاهر أن قوله هذا هو ظاهر المذهب ، يرجع إلى قوله أهل الذمة فى المعاملات كالمسلمين ، ولما كان لايلزم منه أن يكونوا مثلهم فيما فيه استعلاء على المسلمين أفتى فى الموضوعين بالمنع لما قدمه الشارح عن الحاوى من أنه ينبغى أن يلازم الصغار فيما يكون بينه ، وبين المسلمين فى كل شىء ، ولا يخفى أن استعلاءه فى البناء على جيرانه المسلمين خلاف الصغار ، بل بحث فى الفتح أنه إذا استعلى على المسلمين حل للامام قتله ، ولا يخفى أن لفظ استعلى يشمل ما بالقول وما بالفعل وبهذا التقرير اندفع ماذكره فى الخيرية مخالفا لما قدمناه عنه من قوله : إن ماأفتى به قارىء الهداية من ظاهر المذهب ، أقوى مدركا للحديث الشريف الموجب ، لكونهم لهم مالنا وعليهم ماعلينا ، فإن قارىء الهداية لم يفت به بل أفتى فى الموضعين بخلافه كما سمعت : والحديث الشريف لايفيد أن لهم مالنا من العز والشرف ، بل فى المعاملات

(وينتقض عهدهم بالغلبة على موضع للحرب أو باللحاق بدار الحرب) زاد فى الفتح أو بالامتناع عن قبول الجزية (أو يجعل نفسه طليعة للمشركين) بأن يبعث ليطلع على أخبار العدو ، فلو لم يبعثوه لذلك لم ينتقض عهده وعليه يحمل كلام المحيط (وصار) الذمى فى هذه الأربع صور (كالمرتد) فى كل أحكامه (إلا أنه) لو أسر (يسترق) والمرتد يقتل (ولا يجبر على قبول الذمة) والمرتد يجبر على الإسلام (لا) ينتقض عهده (بقوله نقضت العهد) زيلعى (بخلاف الأمان) للحربى ، فإنه ينتقض بالقول بحر (ولا بالإباء عن) أداء (الجزية)

من العقود ونحوها للأدلة الدالة على إلزامهم الصغار وعدم التمرد على المسلمين ، وصرح الشافعية بأن منعهم عن التعلى واجب ، وأن ذلك لحق الله تعالى وتعظيم دينه فلا يباح برضا الجار المسلم اهـ وقواعدنا لاتأباه فقد مر أنه يحرم تعظيمه ، ولا يخفى أن الرضا باستعلائه تعظيم له هذا ماظهر لى فى هذا المحل والله تعالى أعلم .

مطلب فيما ينتقض به عهد الذمى ومالا ينتقض

(قوله وينتقض عهدهم الخ) لأنهم بذلك صاروا حربا علينا وعقد الذمة ما كان إلا لدفع شر حرابتهم فيعرى عن الفائدة فلا يبقى ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده فتح (قوله بالغلبة على موضع) أى قرية أو حصن فتح وقوله للحرب أى لأجل حربنا ، وفى بعض النسخ للحراب بزيادة الألف واحترز بالغلبة المذكورة عما لو كانوا مع أهل البغى يعينونهم على القتال ، فإنه لاينقض عهدهم كما ذكره الزيلعى وغيره فى باب البغاة (قوله أو باللحاق بدار الحرب) لايبعد أن يقال انتقاله إلى المكان الذى تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب بالاتفاق ، إن لم يكن ذلك المكان مواخما لدار الإسلام: أى بأن كان متصلا بدار الحرب وإلا فعلى قولهما كما فى الفتح (قوله أو بالامتناع عن قبول الجزية) أى بخلاف الامتناع عن أدائها على ماياتى ، لكن الامتناع عن قبولها إنما يكون عند ابتداء وضعها وهو حينئذ لم يكن له عهد ذمة ، حتى ينتقض ، ويمكن تصويره فيمن دخل فى عهد الذمة تبعا ثم صار أهلا كالمجنون والصبى ، فإذا أفاق أو بلغ أول الحول توضع عليه فإذا امتنع انتقض عهده أفاده ط (قوله أو يجعل نفسه طليعة للمشركين) هذا مما زاده فى الفتح أيضا لكن لم يذكره هنا ، بل ذكره فى النكاح فى باب نكاح المشرك (قوله بأن يبعث ليطلع الخ) صورته أن يدخل مستأمن ويقيم سنة ، وتضرب عليه الجزية وقصده التجسس على المسلمين ليخبر العدو ط (قوله فلولم يبعثوه) بأن كان ذميا أصليا وطرأ عليه هذا القصد ط (قوله وعليه يحمل كلام المحيط) حيث قال لو كان يخبر المشركين بعيوب المسلمين أو يقاتل رجلا من المسلمين ليقتله لا يكون نقضا للعهد ، وهذا التوفيق لصاحب البحر ، وأقره فى النهر وغيره ، ويشعر به تعبير الفتح بالطليعة فإن الطليعة واحدة الطلائع فى الحرب ، وهم الذين يبعثون ليطلعوا على أخبار العدو ، كما فى البحر عن المغرب (قوله فى كل أحكامه) فيحكم بموته باللحاق وإذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته وتبين منه زوجته الذمية التى خلفها فى دار الإسلام إجماعا ويقسم ماله بين ورثته فتح وتمامه فى البحر (قوله والمرتد يقتل) لأن كفره أغلظ بحر (قوله والمرتد يجبر على الإسلام) أما المرتدة فإنها تسترق بعد اللحاق رواية واحدة وقبله فى رواية بحر (قوله بقوله نقضت العهد) لأنه لاينتقض عهده بالقول بل بالفعل كما مر ، بخلاف الأمان للحربى .

قلت : ولعل وجه الفرق أن أمان الحربى على شرف الزوال لتمكنه من العود ، متى أراد فهو غير لازم ، بخلاف عهد الذمة فهو لازم لايصح الرجوع عنه ولذا لايمكن من العود إلى دار الحرب ، فيجبره الإمام على الجزية مادام تحت قهره ، بخلاف ما إذا لحق بدارهم أو غلبوا على موضع أو جعل نفسه طليعة أو امتنع عن قبول الجزية ، لأنه فى الأولين صار حربا علينا كما مر وفى الثالث : علم أنه لم يقصد العهد بل جعله وصلة إلى إضراره بنا ،

بل عن قبولها كما مر ونقل العينى عن الواقعات قتله بالإباء عن الأداء قال وهو قول الثلاثة لكن ضعفه فى البحر (و) لا (بالزنا بمسلمة وقتل مسلم) وإفتان مسلم عن دينه وقطع الطريق (وسب النبى صلى الله عليه وسلم)

وفى الرابع : لم يوجد منه مايدفع عنه القتل بخلاف ماإذا امتنع عن أدائها ولذا قال الزيلعى وغيره : لأن الغاية التى ينتهى بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق فيأخذها الإمام منه جبرا اه وبهذا اندفع ماستشكله فى النهر من أنه لو امتنع عن قبولها نقض عهده، وليس ذلك إلا بالقول. وجه الدفع أن الانتقاض لم يجئ من قوله لا أقبل بل من عدم وجود مايدفع عنه القتل وهو التزام أدائها بخلاف امتناعه عن أدائها بقوله لا أؤديها، فإنه قول وجد بعد التزامها الدافع للقتل، ولايزول ذلك الالتزام به وكذا بقوله نقضت العهد لما قلنا، من أنه لازم لا يملك فسخه صريحا، ولا دلالة مادام تحت قهرنا فافهم، واندفع به أيضا ماأورده فى الدرر من أن امتناعه عن أدائها بقوله : لا أعطيها ينافى بقاء الالتزام لما قلنا من لزوم ذلك الالتزام، وأنه لايملك نقضه صريحا، فكذا دلالة بالأولى فيجبر على أدائها ما دام مقهورا فى دارنا، ثم رأيت الحموى أجاب بنحوه والله تعالى أعلم (قوله بل عن قبولها) أى بل ينتقض عهده بالإباء عن قبولها، وقدمنا تصويره، وقد علمت آنفا وجه الفرق بين المسألتين (قوله ونقل العينى) حيث قال وفى رواية مذكورة فى واقعات حسام أن أهل الذمة إذا امتنعوا عن أداء الجزية ينتقض العهد، ويقاتلون وهو قول الثلاثة اه. ولايخفى ضعفها رواية ودراية بحر.

قلت : أما وجه الضعف رواية فلأنه خلاف الرواية المشهورة فى المذهب المنصوصة فى المتون وغيرها وأما الدراية أى الضعف من حيث المعنى، فلما علمت من بقاء الالتزام الداقع للقتل فتؤخذ منهم جبرا، ويمكن تأويل مافى الواقعات، بما إذا كانوا جماعة تغلبوا على موضع هو بلدهم أو غيرها وأظهروا العصيان والمحاربة فإنها حينئذ لايمكن أخذها منهم إلا بالقتال تأمل (قوله ولا بالزنا بمسلمة) بل يقام عليه موجبه، وهو الحد وكذا لو نكحها لاينتقض عهده، والنكاح باطل ولو أسلم بعده ويعزران وكذا الساعى بينهما بحر (قوله وإفتان مسلم) مصدر أفتن الرباعى اه ح.

قلت : لكن الذى رأيناه فى النسخ افتتان بتاءين وفى المصباح : فتن المال الناس من باب ضرب استمالهم، وفتن فى دينه وافتتن أيضا بالبناء للمفعول مال عنه اه ومقتضاه(١) : أن الافتتان متعد لا لازم تأمل.

مطلب فى حكم سب الذمى النبى صلى الله عليه وسلم

(قوله وسب النبى صلى الله عليه وسلم) أى إذا لم يعلن، فلو أعلن بشتمه أو اعتاده قتل، ولو امرأة وبه يفتى اليوم در منتقى وهذا حاصل ماسيذكره الشارح هنا وقيده الخير الرملى بقيد آخر حيث قال أقول : هذا إن لم يشترط انتقاضه به أما إذا شرط انتقض به كما هو ظاهر اه.

قلت : وقد ذكر الإمام أبو يوسف فى كتاب الخراج فى صلح أبى عبيدة، مع أهل الشام أنه صالحهم، واشترط عليهم حين دخلها على أن يترك كنائسهم، وبيعهم على أن لايحدثوا بناء بيعة، ولا كنيسة، وأن لا يشتموا مسلما، ولا يضربوه الخ، وذكر العلامة قاسم من رواية الخلال والبيهقى وغيرهما كتاب العهد وفى آخره فلما أتيت عمر بن الخطاب بالكتاب زاد فيه : وأن لانضرب أحدا من المسلمين شرطنا لهم ذلك علينا، وعلى أهل ملتنا وقبلنا

---

(١) قوله (ومقتضاه الخ) وجه ذلك أن تصريحه بأن افتتن مبنى للمجهول يقتضى انه متعدلا لازم لأن المبنى المجهول لايكون من اللازم اه منه.

لأن كفره المقارن له لايمنعه فالطارئ لايرفعه فلو من مسلم قبل كما سيجيء (ويؤدب الذمى ويعاقب على سبه دين الإسلام أو القرآن أو النبى) صلى الله عليه وسلم حاوى وغيره

عنهم الأمان ، فإن نحن خالفنا شيئا مما شرطناه لكم وضمناه على أنفسنا فلا ذمة لنا وقد حل لكم منا مايحل لكم من أهل المعاندة والشقاق ، وفى رواية الخلال : فكتب عمر أن أمض لهم ماسألوه وألحق فيه حرفين اشترطهما عليهم مع ماشرطوا على أنفسهم أن لايشتروا شيئا من سبايانا ومن ضرب مسلما عمدا فقد خلع عهده اهـ. وقد ذكر الشرنبلالى فى رسالته كتاب العهد بتمامه ثم قال : وقد اعتمد الفقهاء ذلك من كل مذهب كما نقله القاضى بدر الدين القرافى اهـ ثم ذكر الشرنبلالى أنه انتقض عهدهم بإحداث ذلك الدير أى الذى أحدثوه فى زمنه ، وألف فيه الرسالة المذكورة ثم قال بعد ذكره ماألحقه عمر رضى الله تعالى عنه أن هذا دليل لما قاله الكمال ابن الهمام من نقض العهد بتمردهم واستعلائهم على المسلمين اهـ.

قلت : ولعلهم لم يقيدوا بهذا القيد لظهوره كما تقدم عن الرملى ، لأن المعلق على أمر لايوجد بدونه ، ولأن مرادهم بيان أن مجرد عقد الذمة لا ينتقض بما ذكروه من السب ونحوه ، والجهاد ماض إلى يوم القيامة ، وليس كل إمام إذا فتح بلدة يشترط هذا الشرط الذى شرطه عمر فلذا تركوا التصريح به على أن ماشرطه عمر على الشام ونحوها لايجرى حكمه على كل مافتحه من البلاد مالم يعلم اشتراطه عليهم أيضا .

فصار الحاصل : أن عقد الذمة لا ينتقض بما ذكروه مالم يشترط انتقاضه به فإذا اشترط انتقض ، وإلا فلا إلا إذا أعلن بالشتم أو اعتاده لما قدمناه ، ولما يأتى عن المعروضات وغيرها ولما ذكره ط عن الشلبى عن حافظ الدين النسفى إذا طعن الذمى فى دين الإسلام طعنا ظاهرا جاز قتله لأن العهد معقود معه على أن لايطعن فإذا طعن ، فقد نكث عهده وخرج من الذمة اهـ لكن مقتضى هذا التعليل اشتراط عدم الطعن بمجرد عقد الذمة وهو خلاف كلامهم فتأمل .

[تنبيه] قيد الشافعية الشتم بمالايتدينون به(١) ونقله فى حاشية السيد أبى السعود عن الذخيرة بقوله : إذاذكره بسوء يعتقده ويتدين به ، بأن قال إنه ليس برسول أو قتل اليهود بغير حق أو نسبه إلى الكذب فعند بعض الأئمة لاينتقض عهده أما إذا ذكره بما لايعتقده ولا يتدين به كما لو نسبه إلى الزنا أو طعن فى نسبه ينتقض اهـ (قوله المقارن له) أى لعهد الذمة (قوله فالطارئ) أى بالسب (قوله فلو من مسلم قبل) أى إن لم يتب لا مطلقا خلافا لما ذكره فى الدرر هنا والبزازية وغيرهما ، فإنه مذهب المالكية لامذهبنا كما سيأتى تحريره فافهم (قوله ويؤدب الذمى ويعاقب الخ) أطلقه فشمل تأديبه وعقابه بالقتل ، إذا اعتاده ، وأعلن به كما يأتى ، ويدل عليه ماقدمناه آنفا عن حافظ الدين النسفى ، وتقدم فى باب التعزير أنه يقتل المكابر بالظلم وقطاع الطريق والمكاس وجميع الظلمة وجميع الكبائر ، وأنه أفتى الناصحى بقتل كل مؤذ .

ورأيت فى كتاب الصارم المسلول لشيخ الإسلام ابن تيمية الحنبلى مانصه : وأما أبو حنيفة وأصحابه فقالوا : لاينتقض العهد بالسب ، ولايقتل الذمى بذلك لكن يعزر على إظهار ذلك كما يعزر على إظهار المنكرات التى ليس لهم فعلها من إظهار

---

(١) قلت : ومذهب الشافعية مافى المنهاج وشرحه لابن حجر ولوزنى بمسلمة أو أصابها بنكاح ، أودل أهل الحرب على عورة المسلمين أوفتن مسلما عن دينه ، أوطعن فى الإسلام أو القرآن أو ذكر جهرا الله ورسوله صلى الله عليه وسلم أو القرآن أونبيا بسوء مالايتدينون به فالأصح أنه إن شرط انتقاض العهد به انتقض لمخالفة الشرط وإلا يشرط ذلك أو شك هل شرط أولا على الأوجه فلا ينتقض لأنها لاتخل بمقصود العقد وصحح فى أصل الروضة أن لا نقض مطلقا وضعف انتهى منه .

قال العينى : واختيارى فى السب أن يقتل اه وتبعه ابن الهمام :

قلت : وبه أفتى شيخنا الخير الرملى وهو قول الشافعى ، ثم رأيت فى معروضات المفتى أبى السعود، أنه ورد أمر سلطانى بالعمل بقول أئمتنا القائلين بقتله إذا ظهر أنه معتاده وبه أفتى ثم أفتى فى بكر اليهودى قال لبشر النصرانى نبيكم عيسى ولد زنا بأنه يقتل

أصواتهم بكتابهم ونحو ذلك وحكاه الطحاوى عن الثورى ، ومن أصولهم يعنى الحنفية أن مالا قتل فيه عندهم مثل القتل بالمثقل والجماع فى غير القبل إذا تكرر ، فللإمام أن يقتل فاعله ، وكذلك له أن يزيد على الحد المقدر إذا رأى المصلحة فى ذلك ويحملون ماجاء عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وأصحابه من القتل فى مثل هذه الجرائم ، على أنه رأى المصلحة فى ذلك ويسمونه القتل سياسة :

وكان حاصله : أن له أن يعزر بالقتل فى الجرائم التى تعظمت بالتكرار ، وشرع القتل فى جنسها ولهذا أفتى أكثرهم بقتل من أكثر من سب النبى صلى الله عليه وسلم ، من أهل الذمة وإن أسلم بعد أخذه وقالوا يقتل سياسة وهذا متوجه على أصولهم اه فقد أفاد أنه يجوز عندنا قتله إذا تكرر منه ذلك وأظهره وقوله وإن أسلم بعد أخذه لم أر من صرح به عندنا لكنه نقله عن مذهبنا وهو ثبت فيقبل (قوله قال العينى الخ) قال فى البحر : لا أصل له فى الرواية اه ورده الخير الرملى ، بأنه لايلزم من عدم النقض عدم القتل ، وقد صرحوا قاطبة بأنه يعزر على ذلك ، ويؤدب وهو يدل على جواز قتله زجرا لغيره إذ يجوز الترقى فى التعزير إلى القتل ، إذا عظم موجبه ومذهب الشافعى كمذهبنا على الأصح قال ابن السبكى : لاينبغى أن يفهم من عدم الانتقاض أنه لايقتل ، فإن ذلك لايلزم اه ، وليس فى مذهبنا ماينفى قتله خصوصا إذا أظهر ماهو الغاية فى التمرد ، وعدم الاكتراث والاستخفاف واستعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم اه ونقل المقدسى ماقاله العينى ، ثم قال وهو مما يميل إليه كل مسلم والمتون ، والشروح خلافه أقول ولنا أن نؤدب الذمى تعزيرا شديدا بحيث لو مات كان دمه هدرا اه .

قلت : لكن هذا إذا أعلن بالسب وكان ممالايعتقده كما علمته آنفا (قوله وتبعه ابن الهمام) حيث قال والذى عندى أن سبه عليه الصلاة والسلام أو نسبة مالا ينبغى إلى الله تعالى إن كان مما لايعتقدونه كنسبة الولد(١) إلى الله تعالى وتقدس عن ذلك إذا أظهره يقتل به ، وينتقض عهده ، وإن لم يظهره ولكن عثر عليه ، وهو يكتمه فلا وهذا لأنه الغاية فى التمرد والاستخفاف بالإسلام والمسلمين ، فلا يكون جاريا على العقد الذى يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغرا ذليلا إلى أن قال : وهذا البحث منا يوجب أنه إذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم يحل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار اه قال فى البحر : وهو بحث خالف فيه أهل المذهب اه وقال الخير الرملى إن مابحثه فى النقض مسلم مخالفته للمذهب وأما مابحثه فى القتل فلا اه أى لما علمته آنفا من جواز التعزير بالقتل ، ولما يأتى من جواز قتله إذا أعلن به (قوله وبه أفتى شيخنا) أى بالقتل لكن تعزيرا كما قدمناه عنه وينبغى تقييده بما إذا ظهر أنه معتاده كما قيده به فى المعروضات أو بما إذا أعلن به كما يأتى بخلاف ما إذا اعثر عليه وهو يكتمه كما مر عن ابن الهمام (قوله وبه أفتى) أى أبو السعود مفتى الروم بل أفتى به أكثر الحنفية إذا أكثر السب ، كما قدمناه عن الصارم المسلول ، وهو معنى قوله : إذا ظهر أنه معتاده ، ومثله ما إذا أعلن به كما مر ، وهذا معنى قول ابن الهمام إذا أظهره يقتل به ، فلم يكن كلامه مخالفا للمذهب ، بل صرح به محرر المذهب الإمام محمد كما يأتى (قوله بأنه يقتل) لم يقيده بما إذا اعتاده كما قيد به أولا ، فظاهره أنه يقتل مطلقا وهو موافق لما أفتى به الخير الرملى ولما مر عن العينى

---

(١) قوله (كنسبة الولد) تمثيل للمنفى أن ما يعتقدونه اه منه .

لسبه للأنبياء عليهم الصلاة والسلام اه :

قلت : ويؤيده أن ابن كمال باشا فى أحاديثه الأربعينية فى الحديث الرابع والثلاثين: ياعائشة لاتكونى فاحشة مانصه : والحق أنه يقتل عندنا إذا أعلن بشتمه عليه الصلاة والسلام ، صرح به فى سير الذخيرة ، حيث قال : واستدل محمد لبيان قتل المرأة إذا أعلنت بشتم الرسول بما روى أن عمر بن عدى لما سمع عصماء بنت مروان تؤذى الرسول فقتلها ليلا مدحه صلى الله عليه وسلم على ذلك انتهى فليحفظ (ويؤخذ من مال بالغ تغلبى وتغلبية) لامن طفلهم إلا الخراج (ضعف زكاتنا) بأحكامها (مما تجب فيه الزكاة) المعهودة بيننا لأن الصلح وقع كذلك (و) يؤخذ (من مولاه) أى معتق التغلبى (فى الجزية والخراج كمولى القرشى) وحديث مولى القوم منهم مخصوص بالإجماع

والمقدسى ، لكن علمت تقييده بالإعلان ، أو بما فى الصارم المسلول من اشتراط التكرار (قوله لسبه للأنبياء) المراد الجنس وإلا فهو قد سب نبيا واحدا (قوله ويؤيده) أى يؤيد قتل الكافر الساب (قوله فى أحاديثه)الجار والمجرور خبر مقدم،وما فى قوله مانصه نكرة موصوفة بمعنى شىء مبتدأ مؤخر،والجملة من المبتدأ والخبر خبر إن ونصه مصدر بمعنى منصوصه مرفوع ، على أنه مبتدأ وقوله والحق الخ هذه الجملة إلى آخرها أريد بها لفظها فى محل رفع ، على أنها خبر نصه وجملة هذا المبتدأ أو خبره فى محل رفع على أنها صفة لما الواقعة مبتدأ وجملة ماوخبرها المقدم خبر أن فى قوله أن ابن كمال والمعنى : أن ابن كمال شىء منصوصه ، والحق الخ ثابت فى أحاديثه الأربعينية فافهم (قوله حيث قال الخ) بيانه أن هذا استدلال من الإمام محمد رحمه الله تعالى، على جواز قتل المرأة إذا أعلنت بالشتم فهو مخصوص من عموم النهى عن قتل النساء، من أهل الحرب كما ذكره فى السير الكبير فيدل على جواز قتل الذمى المنهى عن قتله بعقد الذمة، إذا أعلن بالشتم أيضا، واستدل لذلك فى شرح السير الكبير بعدة أحاديث منها : حديث أبى إسحق الهمدانى قال «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال سمعت امرأة من يهود وهى تشتمك والله يارسول الله إنها لمحسنة إلى فقتلتها فأهدر النبى صلى الله عليه وسلم دمها » (قوله تغلبى وتغلبية) بكسر اللام على الأصل ومنهم من يفتحها مصباح نسبة إلى تغلب بن وائل بن ربيعة بوزن تضرب قوم تنصروا فى الجاهلية ، وسكنوا بقرب الروم امتنعوا عن أداء الجزية ، فصالحهم عمر على ضعف زكاتنا فهو وإن كان جزية فى المعنى إلا أنه لايراعى فيه شرائطها من وصف الصغار ، وتقبل من النائب بل شرائط الزكاة وأسبابها ولذا أخذت من المرأة لأهليتها لها بخلاف الصبى والمجنون ، فلا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم كما فى النهر (قوله إلا الخراج) أى خراج الأرض فإنه يؤخذ من طفلهم والمجنون لأنه وظيفة الأرض وليس عبادة بحر (قوله ضعف زكاتنا) فيأخذ الساعى من غنمهم السائمة من كل أربعين شاة شاتين ، ومن كل مائة واحدى وعشرين أربع شياه وعلى هذا من الإبل والبقر نهر ولا شىء عليهم فى بقية أموالهم ورقيتهم كما فى الإتقانى يعنى إلا إذا مروا على العاشر فإنه يأخذ منهم ضعف مايأخذ من المسلمين ط عن الحموى (قوله كمولى القرشى) يعنى أن معتق التغلبى كمعتق القرشى فى أن كلامنهما لايتبع أصله ، حتى توضع الجزية والخراج عليهما وإن لم يوضعا على أصلهما تخفيفا والمعتق لا يلحق أصله فى التخفيف ولذا لو كان لمسلم مولى نصرانى ، وضعت عليه الجزية وتمامه فى الفتح (قوله وحديث الخ) جواب سؤال وهو أن ما علاتم به من أن المعتق لايلحق أصله فى التخفيف معارض للنص والجواب : أن الحديث المذكور غير مجرى على عمومه بالإجماع فإن مولى الهاشمى لايلحقه فى الكفاءة للهاشمية ولا فى الإمامة ، وإذا كان عاما مخصوصا يصح تخصيصه أيضا بما ذكرنا من العلة وتمامه فى الفتح ؛

(ومصرف الجزية والخراج ومال التغلبي وهديتهم للإمام) وإنما يقبلها إذا وقع عندهم إن قتالنا للدين لاالدنيا جوهرة (وما أخذ منهم بلا حرب) ومنه تركة ذمي وما أخذه عاشر منهم ظهيرية (مصالحنا)خبر مصرف (كسد ثغور وبناء قنطرة وجسر وكفاية العلماء) والمتعلمين تجنيس وبه يدخل طلبة العلم فتح (والقضاة والعمال) ككتبة قضاة وشهود قسمة ورقباء سواحل (ورزق المقاتلة وذراريهم) أى ذرارى من ذكر مسكين واعتمده فى البحر قائلا : وهل يعطون بعد موت آبائهم حالة الصغر ؟

مطلب فى مصارف بيت المال

(قوله ومصرف الجزية والخراج الخ) قيد بالخراج ، لأن العشر مصرفه مصرف الزكاة كما مر (قوله وإنما يقبلها الخ) ترك قيدا آخر ذكره في الجوهرة وهو أن يكون المهدى لايطمع فى إيمانه او ردت هديته فلو طمع فى إيمانه بالرد لايقبل منه (قوله وما أخذ منهم بلا حرب) فيه أن ماقبله مأخوذ بلا حرب ، لكن فسره فى النهر بالمأخوذ صلحا على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم (قوله مصالحنا) نبه بذلك على أنه لايخمس ولا يقسم بين الغانمين نهر ، وهو جمع مصلحة بفتح الميم واللام مايعود نفعه إلى الإسلام ط عن القهستانى(قوله كسد ثغور) أى حفظ المواضع التى ليس وراءها إسلام ، وفيه إشعار بأنه يصرف إلى جماعة يحفظون الطريق فى دار الإسلام عن اللصوص قهستانى (قوله وبناء قنطرة وجسر) القنطرة مابنى على الماء للعبور ، والجسر بالفتح والكسر مايعبر به النهر وغيره مبنيا كان أو غيره كما فى المغرب ، ومثله بناء مسجد وحوض ، ورباط وكرى أنهار عظام غير مملوكة كالنيل وجيحون قهستانى ، وكذا النفقة على المساجد كما فى زكاة الخانية فيدخل فيه الصرف على إقامة شعائرها من وظائف الإمامة والأذان ونحوهما بحر (قوله وكفاية العلماء) هم أصحاب التفسير والحديث ، والظاهر أن المراد بهم من يعلم العلوم الشرعية ، فيشمل الصرف والنحو وغيرهما حموى عن البرجندى ط : وفى التعبير بالكفاية إشعار بأنه لايزاد عليها وسيأتى بيانه وكذا يشعر باشتراط فقرهم ، لكن فى حظر الخانية سئل على الرازى عن بيت المال هل للأغنياء فيه نصيب ، قال : لا إلا أن يكون عاملا أو قاضيا ، وليس للفقهاء فيه نصيب إلا فقيه فرغ نفسه لتعليم الناس الفقه أو القرآن اه قال فى البحر : أى بأن صرف غالب أوقاته فى العلم وليس مراد الرازى الاقتصار على العامل ، أو القاضى ، بل أشار بهما إلى كل من فرغ نفسه لعمل المسلمين فيدخل فيه المفتى والجندى ، فيستحقان الكفاية مع الغنى اه وذكر قبله عن الفتح أن طالب العلم قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ايعمل بعده للمسلمين (قوله والعمال) من عطف العام على الخاص لما فى القهستانى أنه بالضم والتشديد جمع عامل ، وهو الذى يتولى أمور رجل فى ماله وعمله كما قال ابن الأثير ، فيدخل فيه المذكر والواعظ بحق وعلم كما فى المنية ، وكذا الوالى وطالب العلم والمحتسب ، والقاضى ، والمفتى والمعلم بلا أجر كما فى المضمرات (قوله وشهود قسمة) بالسين المهملة أى الذين يشهدون بالقسمة بين الورثة ، والشركاء واستيفاء حقوقهم ، وفى نسخة : وشهود قيمة بالياء المثناة التحتية أى الذين يشهدون على التقويم عند الاختلاف فى القيمة ط (قوله ورقباء سواحل) جمع رقيب من رقبته أرقبه من باب قتل : أى حفظته والسواحل جمع ساحل ، وهو شاطئ البحر مصباح فالمراد الذين يحفظون السواحل ، وهم المرابطون فى الثغور أو أعم فافهم (قوله ورزق المقاتلة) الرزق بالكسر اسم من الرزق بالفتح ماينتفع به قاموس ، وقال الراغب : الرزق يقال للعطاء الجارى دينيا كان أو دنيويا وللنصيب ولما يصل إلى الجوف ويتغذى به قهستانى ط (قوله أى ذرارى من ذكر الخ) لأن العلة تعم الكل كما صرح به القهستانى ومنلا مسكين وغيرهما ، وعبارة الهداية والكافى توهم تخصيصهم بالمقاتلة ، وبه صرح شارح

لم أره ، وإلى هنا تمت مصارف بيت المال ثلاثة ،

المجمع قال في الشرنبلالية قال فى البحر : وليس كذلك وتبعه فى المنح درمنتقى ، وفسر الذرارى فى شرح درر البحار بالزوجة والأولاد .

مطلب من له استحقاق فى بيت المال يعطى ولده بعده

(قوله لم أره) نقل الشيخ عيسى السفطى فى رسالته مانصه قال أبو يوسف فى كتاب الخراج : إن من كان مستحقا فى بيت المال ، وفرض له استحقاقه فيه فإنه يفرض لذريته أيضا تبعا له ، ولا يسقط بموته وقال صاحب الحاوى الفتوى : على أنه يفرض لذرارى العلماء ، والفقهاء والمقاتلة ، ومن كان مستحقا فى بيت المال لا يسقط مافرض لذراريهم بموتهم اه ط .

قلت : لكن قول المتون الآتى : ومن مات فى نصف الحول حرم من العطاء ينافى ذلك إلا أن يجاب بأن مايجرى على الذرارى عطاء مستقل خاص بالذرارى لاعطاء الميت بطريق الإرث بين جميع الورثة تأمل ، لكن مامر عن الحاوى لم أره فى الحاوى القدسى ، ولا فى الحاوى الزاهدى ، وراجعت مواضع كثيرة من كتاب الخراج فلم أره فيه والله أعلم . نعم قال الحموى فى رسالته : وقد ذكر علماؤنا أنه يفرض لأولادهم تبعا ولا يسقط بموت الأصل ترغيبا اه وذكر العلامة المقدسى : أن إعطاءهم بالأولى لشدة احتياجهم ، سيما إذا كانوا يجتهدون فى سلوك طريق آبائهم اه .

مطلب من له وظيفة توجه لولده من بعده

ونقل العلامة البيرى عن الخزانة عن مبسوط فخر الإسلام : إذا مات من له وظيفة فى بيت المال لحق الشرع وإعزاز الإسلام كأجر الإمامة والتأذين ، وغير ذلك مما فيه صلاح الإسلام والمسلمين وللميت أبناء يراعون ويقيمون حق الشرع وإعزاز الإسلام ، كما يراعى ويقيم الأب فللإمام أن يعطى وظيفة الأب لأبناء الميت لا لغيرهم لحصول مقصود الشرع ، وانجبار كسر قلوبهم اه .

مطلب تحقيق مهم فى توجيه الوظائف للابن

قال البيرى أقول : هذا مؤيد لما هو عرف الحرمين الشريفين ومصر والروم من غير نكير من إبقاء أبناء الميت ولو كانوا صغارا على وظائف آبائهم مطلقا من إمامة وخطابة ، وغير ذلك عرفا مرضيا لأن فيه إحياء خلف العلماء ومساعدتهم على بذل الجهد فى الاشتغال بالعلم ، وقد أفتى بجواز ذلك طائفة من أكابر الفضلاء الذين يعول على إفتائهم اه .

قلت : ومقتضاه تخصيص ذلك بالذكور دون الإناث ، وأنت خبير بأن الحكم يدور مع علته ، فإن العلة هى إحياء خلف العلما ومساعدتهم ، على تحصيل العلم ، فإذا اتبع الابن طريقة والده فى الاشتغال فى العلم ، فذلك ظاهر ، أما إذا أهمل ذلك واشتغل باللهو واللعب أو فى أمور الدنيا جاهلا غافلا معطلا للوظائف المذكورة ، أو ينيب غيره من أهل العلم بشىء قليل ، ويصرف باقى ذلك فى شهواته ، فإنه لايحل لما فيه من أخذ وظائف العلماء ، وتركهم بلا شىء يستعينون به على العلم كما هو الواقع فى زماننا ، فإن عامة أوقاف المدارس والمساجد والوظائف فى أيدى جهلة أكثرهم لايعلمون شيئا من فرائض دينهم ، ويأكلون ذلك بلا مباشرة ولا إنابة بسبب تمسكهم بأن خبز الأب

فهذا مصرف جزية وخراج ومصرف زكاة وعشر مر فى الزكاة ، ومصرف خمس وركاز مر فى السير وبقى رابع وهو لقطة وتركة بلا وارث ، ودية مقتول بلا ولى ، ومصرفها لقيط فقير وفقير بلا ولى وعلى الإمام أن يجعل لكل نوع بيتا يخصه وله أن يستقرض من أحدها ليصرفه للآخر ويعطى بقدر الحاجة والفقه والفضل فإن قصر كان الله عليه حسيبا زيلعى . وفى الحاوى : المراد بالحافظ فى حديث « لحافظ القرآن مائتا دينار »

لابنه ، فيتوارثون الوظائف أبا عن جد كلهم جهلة كالأنعام ويكبرون بذلك فراهم وعمائمهم ؛ ويتصدرون فى البلدة حتى أدى ذلك إلى اندراس المدارس والمساجد ، وأكثرها صار بيوتا باعوها أو بستاتين استغلوها ، فمن أراد أن يطلب العلم لا يجد له مأوى يسكنه ولا شيئا يأكله فيضطر إلى أن يترك العلم ، ويكتسب ووقع في زماننا أن رجلا من أكابر دمشق مات عن ولد أجهل منه لا يقرأ ولا يكتب فوجهت من وظائفه تولية مسجد ومدرسة على رجلين من أعلم علماء دمشق فذهب ولده وعزلهما عن ذلك بالرشوة ، وفى أواخر الفن الثالث من الأشباه إذا ولى السلطان مدرسا ليس بأهل لم تصح توليته وفى البزازية السلطان إذا أعطى غير المستحق فقد ظلم مرتين بمنع المستحق وإعطاء غيره اه فنى توجيه هذه الوظائف لأبناء هؤلاء الجهلة ضياع العلم ، والدين ، وإعانتهم على إضرار المسلمين ، فيجب على ولاة الأمور توجيهها على أهلها ونزعها من أيدى غير الأهل ، وإذا مات أحد من أهلها توجه على ولده فإن لم يخرج على طريقة والده يعزل عنها وتوجه للأهل إذ لا شك أن غرض الواقف إحياء ما أوقفه من ذلك ، فكل ما كان فيه تضييعه فهو مخالف لغرض الشرع والواقف هذا هو الحق الذى لا محيد عنه ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم (قوله فهذا) أى ما ذكر من المصالح وقوله مصرف جزية ، وخراج أى ونحوهما مما ذكر معهما (قوله مر فى الزكاة) أى فى باب المصرف (قوله مر فى السير) أى فى فصل كيفية القسمة (قوله وبقى رابع) تقدم هذا مع الثلاثة التى قبله نظما لابن الشحنة فى آخر باب العشر من كتاب الزكاة وقدمنا الكلام عليها (قوله وفقير بلا ولى) أى ليس له من تجب نفقته عليه قال فى البحر : يعطون منه نفقتهم وأدويتهم ويكفن به موتاهم ويعقل به جنايتهم اه .

[تنبيه] قال فى الأحكام : العلماء يستحقون من النوع الأول بالعمل مع الغنى ، ومن النوع الثانى بصفة الفقر ونحوها ، ومن النوع الثالث بأحد صفات مستحقيه ، ومن النوع الرابع بصفة المرض ، ونحوه ومن خص استحقاقهم بالأول نظر إلى محض صفة العلم اه (قوله بيتا يخصه) فلا يخلط بعضه ببعض ، لأن لكل نوع حكما يختص به زيلعى (قوله ليصرفه للآخر) أى لأهله قال الزيلعى : ثم إذا حصل من ذلك النوع شىء رده فى المستقرض منه إلا أن يكون المصروف من الصدقات ، أو من خمس الغنيمة على أهل الخراج وهم فقراء ، فإنه لا يرد فيه شيئا لأنهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا فى غيره إذا صرفه إلى المستحق اه (قوله ويعطى بقدر الحاجة الخ) الذى فى الزيلعى هكذا ، ويجب على الإمام أن يتقى الله تعالى ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فإن قصر فى ذلك كان الله تعالى عليه حسيبا اه ، وفى البحر عن القنية : كان أبو بكر رضى الله تعالى عنه يسوى فى العطاء من بيت المال ، وكان عمر رضى الله تعالى عنه يعطيهم على قدر الحاجة والفقه والفضل ، والأخذ بهذا فى زماننا أحسن فتعتبر الأمور الثلاثة اه أى فله أن يعطى الأحوج أكثر من غير الأحوج ، وكذا الأفقه والأفضل أكثر من غيرهما ، وظاهره أنه لا تراعى الحاجة فى الأفقه والأفضل ، وإلا فلا فائدة فى ذكرهما ، ويؤيده أن عمر رضى الله تعالى عنه كان يعطى من كان له زيادة فضيلة ، من علم ، أو نسب أو نحو ذلك أكثر من غيره ، وفى البحر أيضا عن المحيط والرأى إلى الإمام من تفضيل وتسوية من غير أن يميل فى ذلك إلى هوى ، وفيه عن القنية وللإمام الخيار فى المنع والإعطاء فى الحكم اه .

هو المفتى اليوم(ولا شيء لذمى فى بيت المال إلا أن يهلك لضعفه فيعطيه مايسد جوعته (ومن مات) ممن ذكر (فى نصف الحول حرم من العطاء) لأنه صلة فلا تملك إلا بالقبض ، وأهل العطاء فى زماننا القاضى والمفتى والمدرس صدر شريعة (ولو) مات (فى آخره) أو بعد تمامه كما صححه أخى زاده (يستحب الصرف إلى قريبه) لأنه أوفى تعبه فيندب الوفاء له ومن تعجله ثم مات أو عزل قبل الحول يجب رد مابقى وقيل لا كالنفقة المعجلة زيلعى (والمؤذن والإمام إذا كان لهما وقف ولم يستوفيا حتى ماتا فإنه يسقط) لأنه كالصلة (وكذلك القاضى وقيل لا)يسقط لأنه كالأجرة

قلت : ومثله فى كتاب الخراج لأبى يوسف الذى خاطب به هارون الرشيد حيث قال : فأما الزيادة على أرزاق القضاة والعمال والولاة والنقصان مما يجرى عليهم ، فذلك إليك من رأيت أن تزيده من الولاة والقضاة فى رزقهم فزدهم ومن رأيت أن تحط رزقه حططت (قوله هو المفتى اليوم) لأنهم كانوا يحفظون القرآن ويعلمون أحكامه ط (قوله ممن ذكر) أى ممن يقوم بمصالح المسلمين ، كالقضاة والغزاة ، ونحوهم زيلعى (قوله فى نصف الحول) المراد به ماقبل آخره بقرينة قوله ولو فى آخره ط (قوله حرم من العطاء) هو مايثبت فى الديوان باسم كل ممن ذكرنا ، من المقاتلة وغيرهم ، وهو كالجامكية فى عرفنا إلا أنها شهرية ، والعطاء سنوى فتح (قوله لأنه صلة) ولذا سمى عطاء فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت فتح (قوله فى زماننا) قال فى العناية وفى الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية فى الإسلام كأزواج النبى صلى الله عليه وسلم ، وأولاده المهاجرين والأنصار (قوله القاضى والمفتى والمدرس) عبارة البحر مثل القاضى ، والمفتى والمدرس : وهى أولى لشمولها نحو المقاتلة اهـ ح .

قلت : وهى عبارة الهداية أيضا (قوله أو بعد تمامه) هذا مفهوم بالأولى لأنه إذا استحب الصرف إلى القريب قبل التمام فبعده أولى (قوله فيندب الوفاء له) قال فى الفتح : والوجه يقتضى الوجوب ، لأن حقه تأكد باتمام عمله فى السنة ، كما قلنا إنه يورث سهم الغازى بعد الإحراز بدار الإسلام لتأكد الحق حينئذ ، وإن لم يثبت له ملك وقول فخر الإسلام فى شرح الجامع الصغير ، وإنما خص نصف السنة لأن عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك إلى ورثته ، فأما قبل ذلك فلا إلا على قدر عنائه يقتضى أن يعطى حصته من العام اهـ (قوله قيل يجب الخ) عبارة الزيلعى قيل يجب رد مابقى من السنة ، وقيل على قياس قول محمد فى نفقة الزوجة يرجع ، وعندهما لايرجع هو يعتبره بالإنفاق على امرأة ليتزوجها وهما يعتبرانه بالهبة اهـ ونقل فى الشرنبلالية تصحيح وجوب الرد عن الهداية والكافى ولكنى لم أره فيهما فى هذا الموضع فليراجع .

مطلب فيما إذا مات المؤذن أو الإمام قبل أخذ وظيفتهما

(قوله فإنه يسقط الخ) حاصله : أن مايأخذه الإمام والمؤذن من الوقف بمنزلة مايأخذه القاضى ونحوه من بيت المال نظرا إلى أنه فى معنى الصلة لاتملك إلا بالقبض كما مر (قوله وقيل لايسقط الخ) أى مايأخذه الإمام والمؤذن قال فى الشرنبلالية جزم فى البغية تلخيص القنية بأنه يورث بخلاف رزق القاضى كما فى الأشباه والنظائر اهـ .

قلت : ووجهه ماأشار إليه الشارح تبعا للدرر بقوله لأنه كالأجرة أى فيه معنى الأجرة ومعنى الصلة ، فليس أجرة من كل وجه ، لكن وجه الأجرة فيه أرجح لجواز أخذ الأجرة على الأذان والإمامة والتعليم كما أفتى به

وهذا ثابت فى نسخ الشرح ساقط من نسخ المتن هنا وتمامه فى الدرر وقد لخصناه فى الوقف .

باب المرتد

هو لغة الراجع مطلقا وشرعا (الراجع عن دين الإسلام وركنها إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد الإيمان) وهو تصديق محمد صلى الله عليه وسلم فى جميع ماجاء به عن الله تعالى مما علم مجيئه ضرورة ، وهل هو فقط أو هو مع الإقرار ؟ قولان وأكثر الحنفية على الثانى والمحققون على الأول والإقرار شرط

المتأخرون بخلاف القضاء وغيره من الطاعات ، فإنه لايجوز أصلا ولعل وجه القول الأول ترجيح معنى الصلة فى الكل بناء على أصل المذهب من عدم جواز الأجرة على شيء من الطاعات ، لكن الفتوى على قول المتأخرين فلذا جزم فى البغية بالقول الثانى ، وفرق بين الإمام والقاضى كما قدمناه قبيل فصل فى كيفية القسمة ، وقدمنا هناك عن الطرسوسى وغيره أن المدرس ونحوه إذا مات فى أثناء السنة ، يعطى بقدر ماباشر فقط بخلاف الوقف على الأولاد والذرية ، فإن المعتبر فيهم ظهور الغلة فمن مات بعد ظهورها استحق لاقبله ، وقدمنا هناك أيضا عن المفتى أبى السعود مثل ذلك ، وأن المدرس الثانى يستحق الوظيفة من وقت توجيه السلطان (قوله وهذا) أى قوله والمؤذن الخ ، وقد نقله فى الدرر عن فوائد صاحب المحيط (قوله وتمامه فى الدرر) قال فيها وفى فوائد صدر الإسلام طاهر بن محمود قرية فيها أراضى الوقف على إمام المسجد يصرف إليه غلتها وقت الإدراك فأخذ الإمام الغلة وقت الإدراك ، وذهب عن تلك القرية لايسترد منه حصة مابقى من السنة وهو نظير موت القاضى ، وأخذ الرزق ويحل للإمام أكل مابقى من السنة إن كان فقيرا وكذلك الحكم فى طلبة العلم فى المدارس والله سبحانه أعلم .

باب المرتد

شروع فى بيان أحكام الكفر الطارئ بعد بيان الأصلى أى الذى لم يسبقه إيمان (قوله وركنها إجراء كلمة الكفر على اللسان) هذا بالنسبة إلى الظاهر الذى يحكم به الحاكم ، وإلا فقد تكون بدونه كما لو عرض له اعتقاد باطل أو نوى أن يكفر بعد حين أفاده ط (قوله بعد الإيمان) خرج به الكافر إذا تلفظ بمكفر ، فلا يعطى حكم المرتد ط نعم قد يقتل الكافر ، ولو امرأة إذا أعلن بشتمه صلى الله عليه وسلم كما مر فى الفصل السابق (قوله هو تصديق الخ) معنى التصديق قبول القلب ، وإذعانه لما علم بالضرورة أنه من دين محمد صلى الله عليه وسلم بحيث تعلمه العامة من غير افتقار إلى نظر واستدلال كالوحدانية والنبوة والبعث والجزاء ، ووجوب الصلاة والزكاة وحرمة الخمر ونحوها اهـ ح عن شرح المسايرة (قوله وهل هو فقط) أى وهل الإيمان التصديق فقط ، وهو المختار عند جمهور الأشاعرة وبه قال الماتريدى ح عن شرح المسايرة (قوله أو هو مع الإقرار) قال فى المسايرة : وهو منقول عن أبى حنيفة ، ومشهور عن أصحابه وبعض المحققين من الأشاعرة وقال الخوارج : هو التصديق مع الطاعة ، ولذا كفروا بالذنب لانتفاء جزء الماهية وقال الكرامية : هو التصديق باللسان فقط فإن طابق تصديق القلب ، فهو مؤمن ناج وإلا فهو مؤمن مخلد فى النار اهـ ح .

قلت : وقد حقق فى المسايرة أنه لابد فى حقيقة الإيمان من عدم مايدل على الاستخفاف من قول أو فعل ويأتى بيانه (قوله والإقرار شرط) هو من تتمة القول الأول ح أما على القول الثانى ، فهو شطر لأنه جزء من ماهية الإيمان ، فلا يكون بدونه مؤمنا لاعند الله تعالى ، ولا فى أحكام الدنيا لكن بشرط أن يدرك زمنا يتمكن

لإجراء الأحكام الدنيوية بعد الاتفاق على أنه يعتقد متى طولب به أتى به فإن طولب به فلم يقر فهو كفر عناد قاله المصنف وفى الفتح من هزل بلفظ كفر ارتد وإن لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد :

فيه من الإقرار ، وإلا فيكفيه التصديق اتفاقا كما ذكره التفتازانى فى شرح العقائد (قوله لإجراء الأحكام الدنيوية) أى من الصلاة عليه ، وخلفه والدفن فى مقابر المسلمين والمطالبة بالعشور ، والزكوات ونحو ذلك ولا يخفى أن الإقرار لهذا الغرض لابد أن يكون على وجه الإعلان ، والإظهار على الإمام وغيره من أهل الإسلام ، بخلاف ماإذا كان لإتمام الإيمان فإنه يكفى مجرد التكلم ، وإن لم يظهر على غيره كذا فى شرح المقاصد (قوله بعد الاتفاق) أى بعد اتفاق القائلين بعدم اعتبار الإقرار قال فى شرح المسايرة : واتفق القائلون بعدم اعتبار الإقرار ، على أنه يلزم المصدق أنه يعتقد أنه متى طولب به أتى به ، فإن طولب به فلم يقر به فهو أى كفه عن الإقرار كفر عناد ، وهذا ماقالوا إن ترك العناد شرط وفسروه به أى فسروا ترك العناد بأن يعتقد أنه متى طولب بالإقرار أتى به اه بقى مالو لم يعتقد ذلك بأن كان خالى الذهن ، أو اعتقد أنه متى طولب به لايأتى به لكنه عند ماطولب به أتى به فهل يكفى نظرا لحصول المقصود أولا يكفى نظرا لاشتراطهم الاعتقاد السابق فليحرر اهـ ح .

أقول : الظاهر أن المراد بالاشتراط المذكور نفى اعتقاد عدمه أى لايعتقد أنه متى طولب به لايقر ، وفى شرح المقاصد وشرح التحرير مايفيده ونصه : ثم الخلاف فيما إذا كان قادرا ، وترك التكلم لاعلى وجه الإباء إذ العاجز كالأخرس مؤمن اتفاقا والمصر على عدم الإقرار مع المطالبة به كافر وفاقا لكون ذلك من أمارات عدم التصديق ، ولهذا أطبقوا على كفر أبى طالب اهـ فظهر أن خالى الذهن لو أتى به عند المطالبة مؤمن لعدم الإصرار على عدم الإقرار ، ومن اعتقد عدم الإتيان به عندها ليس مؤمنا فلو أتى به عندها كان ذلك إيمانا مستأنفا هذا ماظهر لى (قوله من هزل بلفظ كفر) أى تكلم به باختياره غير قاصد معناه ، وهذا لاينافى مامر من أن الإيمان هو التصديق فقط أو مع الإقرار لأن التصديق ، وإن كان موجودا حقيقة لكنه زائل حكما لأن الشارع جعل بعض المعاصى أمارة على عدم وجوده كالهزل المذكور ، وكما لو سجد لصنم أو وضع مصحفا فى قاذورة فإنه يكفر ، وإن كان مصدقا لأن ذلك فى حكم التكذيب ، كما أفاده فى شرح العقائد ، وأشار إلى ذلك بقوله للاستخفاف ، فإن فعل ذلك استخفاف واستهانة بالدين فهو أمارة عدم التصديق ولذا قال فى المسايرة : وبالجملة فقد ضم إلى التصديق بالقلب ، أو بالقلب واللسان فى تحقيق الإيمان أمور الإخلال بها إخلال بالإيمان إتفاقا ، كترك السجود لصنم ، وقتل نبى والاستخفاف به ، وبالمصحف والكعبة ، وكذا مخالفة أو إنكار ما أجمع عليه بعد العلم به لأن ذلك دليل على أن التصديق مفقود ، ثم حقق أن عدم الإخلال بهذه الأمور أحد أجزاء مفهوم الإيمان فهو حينئذ التصديق والإقرار وعدم الإخلال بما ذكر بدليل أن بعض هذه الأمور ، تكون مع تحقق التصديق والإقرار ، ثم قال ولاعتبار التعظيم المنافى للإستخفاف كفر الحنفية بألفاظ كثيرة ، وأفعال تصدر من المنهتكين لدلالتها على الاستخفاف بالدين كالصلاة بلا وضوء عمدا بل بالمواظبة على ترك سنة استخفافا بها بسبب أنه فعلها النبى صلى الله عليه وسلم زيادة أواستقباحها كمن استقبح من آخر جعل بعض العمامة تحت حلقه أوإحفاء شاربه اهـ .

قلت : ويظهر من هذا أن ماكان دليل الاستخفاف يكفر به ، وإن لم يقصد الاستخفاف ، لأنه لو توقف على قصده لما احتاج إلى زيادة عدم الإخلال بما مر ، لأن قصد الاستخفاف مناف للتصديق (قوله فهو ككفر العناد) أى ككفر من صدق بقلبه وامتنع عن الإقرار بالشهادتين عنادا ومخالفة فإنه أمارة عدم التصديق وإن قلنا

والكفر لغة : الستر . وشرعا : تكذيبه صلى الله عليه وسلم فى شىء مما جاء به من الدين ضرورة وألفاظه تعرف فى الفتاوى ، بل أفردت بالتآليف مع أنه لايفتى بالكفر بشىء منها إلا فيما اتفق المشايخ عليه كما سيجىء قال فى البحر : وقد ألزمت نفسى أن لاأفتى بشىء منها .

إن الإقرار ليس ركنا (قوله والكفر لغة الستر) ومنه سمى الفلاح كافرا لأنه يستر البذر فى الأرض ومنه كفر النعمة وهو موجود فى المعنى الشرعى لأنه ستر ماوجب إظهاره (قوله تكذيبه صلى الله عليه وسلم الخ) المراد بالتكذيب عدم التصديق الذى مرأى عدم الإذعان والقبول ، لما علم مجيئه به صلى الله عليه وسلم ضرورة ، أى علما ضروريا لايتوقف على نظر واستدلال ، وليس المراد التصريح بأنه كاذب فى كذا ، لأن مجرد نسبة الكذب إليه صلى الله عليه وسلم كفر وظاهر كلامه تخصيص الكفر بجحد الضرورى فقط ، مع أن الشرط عندنا ثبوته على وجه القطع وإن لم يكن ضروريا ، بل قد يكون استخفافا من قول أوفعل كما مر ، ولذا ذكر فى المسايرة أن ماينفى الاستسلام أو يوجب التكذيب ، فهو كفر فما ينفى الاستسلام كل ماقدمناه عن الحنفية أى ممايدل على الاستخفاف ، وماذكر قبله من قتل نبى إذ الاستخفاف فيه أظهر ومايوجب التكذيب جحد كل ماثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم ادعاؤه ضرورة ، وأما مالم يبلغ حد الضرورة كاستحقاق بنت الابن السدس مع البنت بإجماع المسلمين ، فظاهر كلام الحنفية الإكفار بجحده فإنهم لم يشرطوا سوى القطع فى الثبوت ويجب حمله على ما إذ علم المنكر ثبوته قطعا ، لأن مناط التكفير ، وهو التكذيب أو الاستخفاف عند ذلك يكون أما إذا لم يعلم فلا إلا أن يذكر له أهل العلم ذلك فيلج اه

مطلب فى منكر الإجماع

وهذا موافق لما قدمناه عنه من أنه يكفر بإنكار ما أجمع عليه بعد العلم به ، ومثله مافى نور العين عن شرح العمدة أطلق بعضهم ، أن مخالف الإجماع يكفر والحق أن المسائل الإجماعية تارة يصحبها التواتر عن صاحب الشرع كوجوب الخمس ، وقد لايصحبها فالأول يكفر جاحده لمخالفته التواتر لالمخالفته الإجماع اه ثم نقل فى نور العين عن رسالة الفاضل الشهير حسام جلبى من عظماء علماء السلطان سليم بن بايزيدخان مانصه إذا لم تكن الآية أوالخبر المتواتر قطعى الدلالة أو لم يكن الخبر متواترا ، أوكان قطعيا لكن فيه شبهة أولم يكن الإجماع إجماع الجميع أوكان ولم يكن إجماع الصحابة أو كان ولم يكن إجماع جميع الصحابة أوكان إجماع جميع الصحابة ولم يكن قطعيا بأن لم يثبت بطريق التواتر أو كان قطعيا لكن كان إجماعا سكوتيا ففى كل من هذه الصور لايكون الجحود كفرا يظهر ذلك لمن نظر فى كتب الأصول فاحفظ هذا الأصل فإنه ينفعك فى استخراج فروعه حتى تعرف منه صحة ماقيل ، إنه يلزم الكفر فى موضع كذا ، ولا يلزم فى موضع آخر اه .

[تنبيه] فى البحر والأصل أن من اعتقد الحرام حلالا فإن كان حراما لغيره كمال الغير لايكفر وإن كان لعينه فإن كان دليله قطعيا كفر ، وإلا فلا وقيل التفصيل فى العالم أما الجاهل فلا يفرق بين الحرام لعينه ولغيره وإنما الفرق فى حقه أن ما كان قطعيا كفر به وإلا فلا فيكفر إذا قال الخمر ليس بحرام وتمامه فيه (قوله بل أفردت بالتآليف) من أحسن ماألف فيها ماذكره فى آخر نور العين ، وهو تأليف مستقل ومن ذلك كتاب الإعلام فى قواطع الإسلام ، لابن حجر المكى ذكر فيه المكفرات عند الحنفية والشافعية وحقق فيه المقام ، وقد ذكر فى البحر جملة من المكفرات .

مطلب مايشك فى أنه ردة لايحكم بها

(قوله قال فى البحر الخ) سبب ذلك ماذكره قبله بقوله وفى جامع الفصولين ، روى الطحاوى عن أصحابنا

(وشرائط صحتها العقل) والصحو (والطوع) فلا تصح ردة مجنون ، ومعتوه وموسوس ، وصبى لايعقل وسكران ومكره عليها ، وأما البلوغ والذكورة فليسا بشرط بدائع . وفى الأشباه لاتصح ردة السكران إلا الردة بسب النبى صلى الله عليه وسلم

لايخرج الرجل من الإيمان إلاجحود ما أدخله فيه ثم ماتيقن أنه ردة يحكم بهاومايشك أنه ردة لايحكم بها إذ الإسلام الثابت لايزول بالشك مع أن الإسلام يعلو وينبغى للعالم إذا رفع إليه هذا أن لايبادر بتكفير أهل الإسلام مع أنه يقضى بصحة إسلام المكره .

أقول : قدمت هذا ليصير ميزانا فيما نقلته فى هذا الفصل من المسائل ،فإنه قد ذكر فى بعضها إنه كفر مع أنه لايكفر على قياس هذه المقدمة فليتأمل اه مافى جامع الفصولين . وفى الفتاوى الصغرى : الكفر شىء عظيم فلا أجعل المؤمن كافرا متى وجدت رواية أنه لايكفر اه وفى الخلاصة وغيرها : إذاكان فى المسألة وجوه توجب التكفير ووجه واحد يمنعه فعلى المفتى أن يميل إلى الوجه الذى يمنع التكفير تحسينا للظن بالمسلم زاد فى البزازية إلا إذا صرح بإرادة موجب الكفر فلا ينفعه التأويل ح وفى التتارخانية : لايكفر بالمحتمل ، لأن الكفر نهاية فى العقوبة فيستدعى نهاية فى الجناية ومع الاحتمال لانهاية اه والذى تحرر أنه لايفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن أوكان فى كفره اختلاف ولو رواية ضعيفة فعلى هذا فأكثر ألفاظ التكفير المذكورة لايفتى بالتكفير فيها ولقد ألزمت نفسى أن لا أفتى بشىء منها اه كلام البحر باختصار (قوله والطوع) أى الاختيار احترازا عن الإكراه ودخل فيه الهازل كما مر لأنه يعد مستخفا لتعمده التلفظ به ، وإن لم يقصد معناه وفى البحر عن الجامع الأصغر : إذا أطلق الرجل كلمة الكفر عمدا ، لكنه لم يعتقد الكفر قال بعض أصحابنا : لايكفر لأن الكفر يتعلق بالضمير ولم يعقد الضمير على الكفر ، وقال بعضهم : يكفر وهو الصحيح عندى لأنه استخف بدينه اه .

ثم قال فى البحر والحاصل : أن من تكلم بكلمة الكفر هازلا أو لاعبا كفر عند الكل ولا اعتبار باعتقاده كما صرح به فى الخانية ومن تكلم بها مخطئا أو مكرها لايكفر عند الكل، ومن تكلم بها عامدا عالما كفر عند الكل ومن تكلم بها اختيارا جاهلا بأنها كفر ففيه اختلاف اه (قوله ومعتوه) عزاه فى النهر إلى السراج، وهو الناقص العقل وقيل المدهوش من غير جنون كذا فى المغرب ، وفى أحكامات الأشباه أن حكمه حكم الصبى العاقل فتصح العبادات منه ولا تجب ، وقيل: هو كالمجنون وقيل كالبالغ العاقل اه .

قلت : والأول هوالذى صرح به الأصوليون ومقتضاه أن تصح ردته لكنه لايقتل كما هو حكم الصبى العاقل تأمل . ثم رأيت فى الخانية قال : وأما ردة المعتوه فلم تذكر فى الكتب المعروفة قال مشايخنا هو فى حكم الردة بمنزلة الصبى اه (قوله وموسوس) بالكسر ولايقال بالفتح ولكن موسوس له أو إليه أى تلقى إليه الوسوسة ، وقال الليث : الوسوسة حديث النفس ، وإنما قيل موسوس لأنه يحدث بما فى ضميره وعن الليث لايجوز طلاق الموسوس قال : يعنى المغلوب فى عقله ،وعن الحاكم هو المصاب فى عقله إذا تكلم يتكلم بغير نظام كذا فى المغرب (قوله وصبى لايعقل) قدر عقله فى فتاوى قارىء الهداية بأن يبلغ سبع سنين نهر وسيأتى آخر الباب (قوله وسكران) أى ولو من محرم لما فى أحكامات الأشباه أن السكران من محرم كالصاحى إلا فى ثلاث : الردة ، والإقرار بالحدود الخالصة ، والإشهاد على شهادة نفسه الخ (قوله ومكره عليها) أى على الردة والمراد الإكراه بملجىء من قتل أوقطع عضو أو ضرب مبرح فإنه يرخص له أن يظهر ما أمر به على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان ولا تبين زوجته استحسانا كما سيجىء فى بابه (قوله فليسا بشرط) هذا فى الذكورة بالاتفاق وأما فى البلوغ فعندهما خلافا لأبى يوسف كما يأتى

فإنه يقتل ولا يعفى عنه (من ارتد عرض) الحاكم (عليه الإسلام استحبابا) على المذهب لبلوغه الدعوة (وتكشف شبهته) بيان لثمرة العرض (ويحبس) وجوبا وقيل ندبا (ثلاثة أيام) يعرض عليه الإسلام فى كل يوم منها خانية (إن استمهل) أى طلب المهلة وإلا قتله من ساعته إلا إذا رجى إسلامه بدائع ؛ وكذا لو ارتد ثانيا لكنه يضرب ، وفي الثالثة يحبس أيضا حتى تظهر عليه التوبة ، فإن عاد فكذلك تتارخانية .

قلت : لكن نقل فى الزواهر عن آخر حدود الخانية

آخر الباب ح (قوله فإنه يقتل ولا يعفى عنه) قيده فى البحر بما إذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا إكراه وإلا فهو كالمجنون اهـ ح .

قلت : وما جزم به الشارح من أنه لايعفى عنه أى إن تاب سيأتى مايخالفه (قوله من ارتد) أى عن الإسلام فلو أن اليهودى تنصر أو تمجس أو النصرانى تهود أو تمجس لم يجبر على العود لما كان عليه ، لأن الكفر كله ملة واحدة كما فى البرجندى وغيره در منتقى وسيذكره المصنف (قوله الحاكم) أى الإمام أو القاضى بحر (قوله لبلوغه الدعوة) مصدر مضاف للمفعول والدعوة فاعل اهـ ح. قال فى البحر : وعرض الإسلام هو الدعوة إليه ودعوة من بلغته الدعوى غير واجبة (قوله بيان لثمرة العرض) الظاهر أن ثمرة العرض الإسلام والنجاة من القتل ، وأما هذا فهو ثمرة التأجيل ثلاثة أيام لأن من انتقل عن الإسلام والعياذ بالله تعالى لا بد له غالبا من شبهة فتكشف له إن أبداها فى هذه المدة تأمل (قوله وقيل ندبا) أى وإن استمهل ، وظاهر الرواية الأول ، وهو أنه لا يمهل بدون استمهال كما فى البحر (قوله إن استمهل) أى بعد العرض للتفكر قهستانى (قوله وإلا قتله) أى بعد عرض الإسلام عليه وكشف شبهته ط (قوله إلا إذا رجى إسلامه) أى فإنه يمهل ، وهل هو حينئذ واجب أو مستحب؟ محل تردد ، والظاهر الثانى تأمل (قوله لكنه يضرب الخ) أى إذا ارتد ثانيا ثم تاب ضربه الإمام وخلى سبيله ، وإن ارتد ثالثا ثم تاب ضربه ضربا وجيعا وحبسه حتى تظهر عليه آثار التوبة ويرى أنه مخلص ثم خلى سبيله ، فإن عاد فعل به هكذا بحر عن التتارخانية . وفى الفتح : فإن ارتد بعد إسلامه ثانيا قبلنا توبته أيضا وكذا ثالثا ورابعا ، إلا أن الكرخى قال : فإن عاد بعد الثالثة يقتل إن لم يتب فى الحال ولا يؤجل ، فإن تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلى سبيله ، فإن عاد بعد ذلك فعل به كذلك أبدا مادام يرجع إلى الإسلام . قال الكرخى : هذا قول أصحابنا جميعا إن المرتد يستتاب أبدا ، وما ذكره الكرخى مروى فى النوادر. قال إذا تكرر ذلك منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس إلى أن تظهر توبته ورجوعه اهـ وذلك لإطلاق قوله تعالى – فإن تابوا وأقاموا الصلاة – الآية. وعن ابن عمر وعلى: لاتقبل توبة من تكررت ردته كالزنديق ، وهو قول مالك وأحمد والليث . وعن أبى يوسف لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة ، وفسره بأن ينتظر فإذا أظهر كلمة الكفر قتل قبل أن يستتاب لأنه ظهر منه الاستخفاف اهـ باختصار .

وحاصله أن ظاهر قوله وكذا ثالثا ورابعا أنه لو استمهل بعد الرابعة يؤجل ولا يحبس بعد التوبة . والذى نقله عن الكرخى أنه لايؤجل بعد الرابعة بل يقتل إلا إن تاب فإنه يضرب ويحبس كما هو رواية النوادر . وعن ابن عمر وغيره يقتل ولا توبة له مثل الزنديق (قوله عن آخر حدود الخانية) ونصه : وحكى أنه كان ببغداد نصرانيان مرتدان إذا أخذا تابا وإذا تركا عادا إلى الردة . قال أبوعبد الله البلخى يقتلان ولا تقبل توبتهما اهـ .

أقول : الظاهر أن البلخى اختار قول ابن عمر ، ولا يصح بناؤه على رواية النوادر المارة عن الفتح كما لايخفى

معزيا للبلخي مايفيد قتله بلا توبة فتنبه (فإن أسلم) فيها (وإلا قتل) لحديث « من بدل دينه فاقتلوه » (وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان) سوى الإسلام (أو عما انتقل إليه) بعد نطقه بالشهادتين ، وتمامه فى الفتح ؛ ولو أتى بهما على وجه العادة لم ينفعه مالم يتبرأ بزازية (وكره) تنزيها لما مر (قتله قبل العرض بلا ضمان) لأن الكفر مبيح للدم ، قيد بإسلام المرتد لأن الكفار أصناف خمسة : من ينكر الصانع كالدهرية ، ومن ينكر الوحدانية كالثنوية ، ومن يقربهما لكن ينكر بعثة الرسل كالفلاسفة ، ومن ينكر الكل كالوثنية ، ومن يقر بالكل لكن ينكر عموم رسالة المصطفى صلى الله عليه وسلم

فافهم (قوله بلا توبة) أى بلا قبول توبة ، وليس المراد أنه يقتل إن لم يتب لأنه لانزاع فيه (قوله وإلا قتل) أى ولو عبدا فيقتل وإن تضمن قتله إبطال حق المولى ، وهذا بالإجماع لإطلاق الأدلة فتح . قال فى المنح : وأطلق فشمل الإمام وغيره ، لكن إن قتله غيره أو قطع عضوا منه بلا إذن الإمام أدبه الإمام اه وسيأتى متنا وشرحا استثناء أربعة عشر لايقتلون (قوله لحديث الخ) رواية أحمد والبخارى وغيرهما زيلعى (قوله بعد نطقه بالشهادتين) كذا قيده فى العناية والنهاية ، وعزاه القهستانى إلى المبسوط والإيضاح وغيرهما وقال : وإنما لم يذكره لأن ذلك معلوم لكن مقتضى مافى الفتح عدم اعتماده ، لأنه عبر عنه بقيل وكأنه تابع ظاهر المتون ، وهو مفاد كلام الزيلعى ، ويؤيده ماسيذكره فى المتن من أن إنكاره الردة توبة ورجوع . وقد يوفق بحمل ماهو ظاهر المتون على الإسلام المنجى فى الدنيا عن القتل . وما فى الشروح من اشتراط النطق بالشهادتين أيضا محمول على الإسلام الحقيقى النافع فى الدنيا والآخرة تأمل . وذكر فى الفتح أن الإقرار بالبعث والنشور مستحب (قوله على وجه العادة) أى بدون التبرى . قال فى البحر : وأفاد باشتراط التبرى أنه لو أتى بالشهادتين على وجه العادة لم ينفعه مالم يرجع عما قال إذ لايرتفع بهما كفره ، كذا فى البزازية وجامع الفصولين اه .

قلت : وظاهره اشتراط التبرى وإن لم ينتحل دينا آخر بأن كان كفره بمجرد كلمة ردة ، والظاهر خلافه ، وأن اشتراط التبرى فيمن انتحل دينا آخر إنما هو شرط لإجراء أحكام الدنيا عليه ، أما بالنسبة لأحكام الآخرة فيكفيه التلفظ بالشهادتين مخلصا كما يدل عليه مانذكره فى إسلام العيسوية (قوله لما مر) أى من أن العرض مستحب ويكره تحريما عند من أوجبه أفاده فى شرح الملتقى ط (قوله قيد بإسلام المرتد) أى فى قوله وإسلامه .

مطلب فى أن الكفار خمسة أصناف ، وما يشترط فى إسلامهم

(قوله لأن الكفار) أى بكفر أصلى والمرتد كفره عارض (قوله كالدهرية) بضم الدال نسبة إلى الدهر بفتحها ، سموا بذلك لقولهم — وما يهلكنا إلا الدهر — ح (قوله كالثنوية) وهم المجوس القائلون بإلهين أو كالمجوس كما فى أنفع الوسائل ، ومقتضاه أنهم غيرهم ، وهو الذى حققه ابن كمال باشا نقلا عن الآمدى مع مشاركة الكل فى اعتقاد أن أصل العالم النور والظلمة : أى النور المسمى يزدان ، وشأنه خلق الخير . والظلمة المسماة أهرمن ، وشأنها خلق الشر (قوله كالفلاسفة) أى قوم منهم كما فى النهر ، وإلا فجمهور الفلاسفة يثبتون الرسل على أبلغ وجه لقولهم بالإيجاب اه ح أى باللزوم والتوليد لا بالإختيار لإنكارهم كونه تعالى مختارا ، وينكرون كونها بنزول الملك من السماء وكثيرا مما علم بالضرورة مجىء الأنبياء كحشر الأجساد والجنة والنار .

والحاصل أنهم وإن أثبتوا الرسل لكن لاعلى الوجه الذى يثبته أهل الإسلام كما ذكره فى شرح المسايرة فصار إثباتهم بمنزلة العدم ، وعليه فيصح إطلاق الشارح تأمل (قوله كالوثنية) فيه أن الوثنية لاينكرون الصانع تعالى كما لايخفى ح . قال فى شرح السير : وعبدة الأوثان كانوا يقرون بالله تعالى قال تعالى — ولئن سألتهم من خلقهم

كالعيسوية ، فيكتفى فى الأولين بقول لاإله إلا الله ، وفى الثالث بقول محمدرسول الله ، وفى الرابع بأحدهما ، وفى الخامس بهما مع التبرى عن كل دين يخالف دين الإسلام بدائع وآخر كراهية الدرر ،

ليقولن الله — ولكن كانوا لايقرون بالوحدانية . قال تعالى — إذا قيل لهم لا إله إلا الله يستكبرون—اه وهذازاده فى الدرر على مافى البدائع ،وتبعه الشارح . والظاهر أن صاحب البدائع أدخله فى الثنوية لأنهم جعلوا مع الله تعالى معبودا ثانيا وهو أصنامهم فهم منكرون للوحدانية كالمجوس وحكمهم فى الإسلام واحد كما تعرفه (قوله كالعيسوية) هم قوم من اليهود ينسبون إلى عيسى الأصفهانى اليهودى ح .

قلت : وعبارة البدائع : وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده والرسالة فى الجملة لكنهم ينكرون عموم رسالة رسولنا صلى الله عليه وسلم وهم اليهود والنصارى . قال فى النهر : وليس المراد كل النصارى بل طائفةمنهم فى العراق يقال لهم العيسوية صرح بذلك فى المحيط والخانية اه (قوله فيكتفى فى الأولين الخ) عبارة البدائع : فإن كان من الصنف الأول أو الثانى فقال لا إله إلا الله يحكم بإسلامه ، لأن هؤلاء يمتنعون عن الشهادة أصلا ، فإذا أقروا بها كان ذلك دليل إيمانهم ، وكذلك إذا قال أشهد أن محمدا رسول الله لأنهم يمتنعون عن كل واحدة من كلمتى الشهادة فكان الإتيان بواحدة منهما أيتهما كانت دلالة الإيمان اه أى ويلزم من الإيمان بإحداهما الإيمان بالأخرى وهذا صريح فى أن الثنوية ينكرون الرسالة فهم كالوثنية ، فيكتفى فى الكل بإحدى الكلمتين ،وبه صرح فى أنفع الوسائل فقال : إن عبدة الأوثان والنيران والمشرك فى الربوبية والمنكر للوحدانية كالثنوية إذا قال الواحد منهم لا إله إلا الله يحكم بإسلامه ، وكذا لو قال أشهد أن محمدا رسول الله أو قال أسلمنا أوآمنا بالله اه وذكر قبله عن المحيط أن الكافر إذا أقر بخلاف ما اعتقد يحكم بإسلامه ونحوه فى شرح السير الكبير . وبه علم أن مافى شرح المسايرة لابن أبى شريف الشافعى من أنه يكتفى فى الثنوى والوثنى بالشهادتين بدون تبرى فهو على مذهبه ،أو المراد به إحداهما فافهم (قوله وفى الثالث بقول محمد رسول الله) فلو قال لا إله إلا الله لايحكم باسلامه لأنه منكر الرسالة ولا يمتنع عن هذه المقالة ، ولو قال أشهد أن محمدا رسول الله يحكم بإسلامه لأنه يمتنع عن هذه الشهادة فكان الإقرار بها دليل الإيمان بدائع ، ومقتضاه أن الإتيان بالثانية يكفيه لأن المدار على الإقرار بخلاف معتقده (قوله وفى الرابع بأحدهما) علله فى الدرر بأنه منكر للأمرين جميعا ، فبأيهما شهد دخل فى دين الإسلام اه وهذا التعليل موافق لما قدمناه عن البدائع ، وبه صرح أيضا فى شرح السير الكبير ، وزاد أنه لو قال أنا مسلم فهومسلم لأنعبدة الأوثان لايدعونهذا الوصف لأنفسهم بل يبرءون على قصد المغايظة للمسلمين ؛وكذا لو قال أنا على دين محمد أو على الحنفية أو على دين الإسلام ، وقد علمت أن هذا الرابع داخل فى الأولين ، والحكم فى الكل واحد وهو الاكتفاء بأحد اللفظين عن الآخر وأن مامر عن شرح المسايرة لايدفع المنقول عندنا فافهم .

مبحث فى اشتراط التبرى مع الإتيان بالشهادتين

(قوله وفى الخامس بهما مع التبرى الخ) ذكر ابن الهمام فى المسايرة ، أن اشتراط التبرى لإجراء أحكام الإسلام عليه لا لثبوت الإيمان فيما بينه وبين الله تعالى ،فإنه لو اعتقد عموم الرسالة وتشهد فقط كان مؤمنا عند الله تعالى اه. ثم إن الذى فى البدائع : لو أتى بالشهادتين لايحكم بإسلامه حتى يتبرأ عن الدين الذى هو عليه . وزاد فى المحيط : لايكون مسلما حتى يتبرأ من دينه مع ذلك ويقر أنه دخل فى الإسلام لأنه يحتمل أنه تبرأ من اليهودية ودخل فى النصرانية ، فإذا قال مع ذلك ودخلت فى الإسلام يزول هذا الاحتمال . وقال بعض مشايخنا : إذا قال دخلت

وحينئذ فيستفسر من جهل حاله بل عمم في الدرر اشتراط التبرى من كل يهودى ونصرانى ، ومثله فى فتاوى المصنف وابن نجيم وغيرهما . وفي رهن فتاوى قارئ الهداية كذا أفتى علماؤنا . والذى أفتى به صحته بالشهادتين بلا تبرى ،

فى الإسلام يحكم باسلامه وإن لم يتبرأ مما كان عليه لأنه يدل على دخول حادث منه فى الإسلام اه ومثله فى شرح السير الكبير .

قلت: اشتراط قوله ودخلت فى دين الإسلام ظاهر فيما إذا تبرأ من دينه فقط ، أما إذا تبرأ من كل دين يخالف دين الإسلام فلا يحتاج إليه لعدم الاحتمال المذكور ، فلذا لم يذكره الشارح مع صيغة التبرى التى ذكرها . والظاهر أنه لوأتى بالشهادتين وصرح بتعميم الرسالة إلى بنى إسرائيل وغيرهم أوقال أشهد أن محمدا رسول الله إلى كافةالخلق الإنس والجن يكفى عن التبرى أيضا كما صرح به الشافعية .

[تنبيه] قال فى الفتح : إن اشتراط التبرى إنما هو فيمن بين أظهرنا منهم ، وأما من فى دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله فهو مسلم ، أو قال دخلت فى دين الإسلام أو دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل إسلامه فكيف إذا أتى بالشهادتين ، لأن فى ذلك الوقت ضيقا ، وقوله هذا إنما أراد به الإسلام الذى يدفع عنه القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك اه .

قلت : وإنما اكتفى عليه الصلاة والسلام بالشهادتين لأن أهل زمنه كانوا منكرين لرسالته أصلا كما يأتى .

ثم اعلم أنه يؤخذ من مسألة العيسوى أن من كان كفره بإنكار أمر ضرورى كحرمة الخمر مثلا أنه لابد من تبرئه مما كان يعتقده لأنه كان يقر بالشهادتين معه فلا بد من تبرئه منه كما صرح به الشافعية وهو ظاهر (قوله فيستفسر من جهل حاله) ذكر ذلك فى النهر بعد أن ذكر أنه ليس كل اليهود والنصارى كذلك ، بل طائفة منهم يقال لهم العيسوية ، فقال : وعلى هذا فينبغى أن يستفسر الآتى بالشهادتين منهم إن جهل حاله اه أى فإن ادعى أنه عيسوى يعتقد تخصيص الرسالة بغير بنى إسرائيل لايصح إسلامه إلا بالتبرى ، وإن ادعى أنه ينكرها مطلقا اكتفى بالشهادتين فافهم (قوله بل عمم فى الدرر الخ) فى البحر أول الجهاد عن الذخيرة : أما اليهود والنصارى فكان إسلامهم فى زمنه عليه الصلاة والسلام بالشهادتين لأنهم كانوا ينكرون رسالته صلى الله عليه وسلم ، وأما اليوم ببلاد العراق فلا يحكم بإسلامه بهما مالم يقل تبرأت عن دينى ودخلت فى دين الإسلام ، لأنهم يقولون إنه رسول إلى العرب والعجم لا إلى بنى إسرائيل ، كذا صرح به محمد اه . وفى شرح السير للسرخسى : وأما اليهود والنصارى اليوم بين ظهرانى المسلمين إذا أتى واحد منهم بالشهادتين لايكون مسلما لأنهم جميعا يقولون هذا ليس من نصرانى ولا يهودى عندنا نسأله إلا قال هذه الكلمة ، فإذا استفسرته قال رسول الله إليكم لا إلى بنى إسرائيل ثم قال : ولو قال أنا مسلم لم يكن مسلما بهذا لأن كل فريق يدعى ذلك لنفسه ، فالمسلم هو المستسلم للحق ، وكل ذى دين يدعى أنه منقادللحق ، وكان شيخنا الإمام يقول إلا المجوس فى ديارنا فإن من يقول منهم أنامسلم يصير مسلما لأنهم يأبون هذه الصفة لأنفسهم ويسبون به أولادهم ويقولون يامسلمان اه .

قلت : وما عزاه إلى شيخه يعنى الإمام الحلوانى جزم به فى محل آخر ، وقدمنا عنه قريبا فى الوثنى أنه يصير مسلما بقوله أنامسلم أو على دين محمد أو الحنيفية أو الإسلام ، فعلى هذا يقال كذلك فى اليهود والنصارى فى بلادنا فإنهم يمتنعون من قول أنا مسلم ، حتى إن أحدهم إذا أراد منع نفسه عن أمر يقول إن فعلته أكون مسلما .

لأن التلفظ بها صار علامة على الإسلام فيقتل إن رجع مالم يعد (و) اعلم أنه (لايفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن

فإذا قال أنا مسلم طائعا فهو دليل إسلامه وإن لم يسمع منه النطق بالشهادتين ، كما صرح به فى شرح السير فيمن صلى بجماعة فإنه يحكم بإسلامه وبأنه يحكم بالإسلام بمجرد سيما المسلمين فى حق الصلاة عليه إذا مات وكذا يمتنعون من النطق بالشهادتين أشد الامتناع فإذا أتى بهما طائعا يجب الحكم بإسلامه لأنه فوق السيما ، إذ لاشك أن محمدا إنما اشترط التبرى بناء على ماكان فى زمنه من إقرارهم بالرسالة على خلاف ما كان فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم من إنكارها فإذا أنكروها فى زماننا وامتنعوا من النطق بالشهادتين يجب أن يرجع الأمر إلى ماكان فى زمنه صلى الله عليه وسلم إذ لم يبق وجه للعدول عنه. على أن محمدا إنما حكم على ماكان فى بلاد العراق لامطلقا كما يوهمه مافى الدرر ، وعن هذا ذكر العلامة قاسم أنه سئل عن سامرى أتى بالشهادتين ثم رجع . فأجاب بما حاصله أنه ينظر فى اعتقاده ، فإنهم ذكروا أن بعض اليهود يخصص رسالة نبينا صلى الله عليه وسلم بالعرب وهذا لايكفيه مجرد الشهادتين ، بخلاف من ينكر الرسالة أصلا ، وبعض من أعمى الله قلبه جعلهم فرقة واحدة فى جميع البلاد حتى حكم فى نصرانى منكر للرسالة تلفظ بالشهادتين ببقائه على النصرانية لأنه لم يتبرأ اه ملخصا .

والحاصل : أن الذى يجب التعويل عليه أنه إن جهل حاله يستفسر عنه ، وإن علم كما فى زماننا ، فالأمر ظاهر ، وهذا وجه مايأتى عن قارئ الهداية (قوله لأن التلفظ به صار علامة على الإسلام الخ) أفاد بقوله صار إلى أن ماكان فى زمن الإمام محمد تغير لأنهم فى زمنه ما كانوا يمتنعون عن النطق بها فلم تكن علامة الإسلام فلذا شرط معها التبرى. أما فى زمن قارئ الهداية فقد صارت علامة الإسلام لأنه لايأتى بها إلا المسلم كما فى زماننا هذا ولذا نقل فى البحر أول كتاب الجهاد كلام قارئ الهداية ثم أعقبه بقوله وهذا يجب المصير إليه فى ديار مصر بالقاهرة لأنه لايسمع من أهل الكتاب فيها الشهادتان ، ولذا قيده محمد بالعراق اه ومثله فى شرح العلامة المقدسى. ونقل أيضا فى الدر المنتقى كلام قارئ الهداية ثم قال : وبه أفتى أحمد بن كمال باشا . وفى شرح الملتقى لعبد الرحمن أفندى داماد : وأفتى البعض فى ديارنا باسلامه من غير تبر وهو المعمول به اه فليحفظ اه وقد أسمعناك آنفا مافيه الكفاية :

مطلب الإسلام يكون بالفعل كالصلاة بجماعة

[خاتمة] اعلم أن الإسلام يكون بالفعل أيضا كالصلاة بجماعة أو الإقرار بها أو الأذان فى بعض المساجد أو الحج وشهود المناسك لا الصلاة وحده ومجرد الإحرام بحر ، وقدم الشارح ذلك نظما فى أول كتاب الصلاة ، وقدمنا الكلام عليه مستوفى ، وذكرنا هناك أنه لافرق فى الإسلام بالفعل بين العيسوى وغيره ، والمراد أنه دليل الإسلام فيحكم على فاعل ذلك به ، وإلا فحقيقة الإسلام المنجية فى الآخرة لابد فيها من التصديق الجازم مع الاقرار بالشهادتين أو بدونه على الخلاف المار (قوله لايفتى بكفر مسلم أمكن حمل كلامه على محمل حسن) ظاهره أنه لايفتى به من حيث استحقاقه للقتل ولا من حيث الحكم ببينونة زوجته .

وقد يقال : المراد الأول فقط ، لأن تأويل كلامه للتباعد عن قتل المسلم بأن يكون قصد ذلك التأويل ، وهذا لاينافى معاملته بظاهر كلامه فيما هو حق العبد وهو طلاق الزوجة وملكها لنفسها ، بدليل ماصرحوا به من أنهم إذا أراد أن يتكلم بكلمة مباحة فجرى على لسانه كلمة الكفر خطأ بلا قصد لايصدقه القاضى وإن كان لايكفر فيما

أو كان فى كفره خلاف ولو) كان ذلك (رواية ضعيفة) كما حرره فى البحر ، وعزاه فى الأشباه إلى الصغرى . وفى الدرر وغيرها : إذا كان فى المسألة وجوه توجب الكفر وواحد يمنعه فعلى المفتى الميل لما يمنعه ، ثم لو نيته ذلك فمسلم وإلا لم ينفعه حمل المفتى على خلافه ، وينبغى التعوذ بهذا الدعاء صباحا ومساء فإنه سبب العصمة من الكفر بوعد الصادق الأمين صلى الله عليه وسلم « اللهم إنى أعوذ بك من أن أشرك بك شيئا وأنا أعلم ، وأستغفرك لما لا أعلم إنك أنت علام الغيوب » .

وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس درر .

بينه وبين ربه تعالى ، فتأمل ذلك وحرره نقلا فإنى لم أر التصريح به ، نعم سيذكر الشارح أن مايكون كفرا اتفاقا يبطل العمل والنكاح ، ومافيه خلاف يؤمر بالاستغفار والتوبة وتجديد النكاح اه وظاهره أنه أمر احتياط .

مطلب فى حكم من شتم دين مسلم

ثم إن مقتضى كلامهم أيضا أنه لايكفر بشتم دين مسلم : أى لايحكم بكفره لإمكان التأويل . ثم رأيته فى جامع الفصولين حيث قال بعد كلام أقول : وعلى هذا ينبغى أن يكفر من شتم دين مسلم ، ولكن يمكن التأويل بأن مراده أخلاقه الرديئة ومعاملته القبيحة لاحقيقة دين الإسلام ، فينبغى أن لايكفر حينئذ ، والله تعالى أعلم اه وأقره فى [نور العين] ومفهومه أنه لايحكم بفسخ النكاح ، وفيه البحث الذى قلناه . وأما أمره بتجديد النكاح فهو لاشك فيه احتياطا خصوصا فى حق الهمج الأرذال الذين يشتمون بهذه الكلمة فإنهم لايخطر على بالهم هذا المعنى أصلا . وقد سئل فى الخيرية عمن قال له الحاكم ارض بالشرع فقال لاأقبل فأفتى مفت بأنه كفر وبانت زوجته فهل يثبت كفره بذلك؟ فأجاب : بأنه لاينبغى للعالم أن يبادر بتكفير أهل الإسلام إلى آخر ماحرره فى البحر . وأجاب قبله فى مثله بوجوب تعزيره وعقوبته (قوله ولو رواية ضعيفة) قال الخير الرملى : أقول ولو كانت الرواية لغير أهل مذهبنا ، ويدل على ذلك اشتراط كون مايوجب الكفر مجمعا عليه اه (قوله كما حرره فى البحر) قدمنا عبارته قبيل قوله وشرائط صحتها (قوله وجوه) أى احتمالات لما مر فى عبارة البحر عن التتارخانية أنه لايكفر بالمحتمل (قوله وإلا) أى وإن لم تكن له نية ذلك الوجه الذى يمنع الكفر بأن أراد الوجه المكفر أو لم تكن له نية أصلا لم ينفعه تأويل المفتى لكلامه وحمله إياه على المعنى الذى لايكفر ، كما لو شتم دين مسلم وحمل المفتى الدين على الأخلاق الرديئة لنفى القتل عنه فلا ينفعه ذلك التأويل فيما بينه وبين ربه تعالى إلا إذا نواه (قوله وينبغى التعوذ بهذا الدعاء صباحا ومساء) تدخل أوراد الصباح من نصف الليل الأخير والمساء من الزوال ، هذا فيما عبر فيه بهما . وأما إذا عبر باليوم والليلة فيعتبران تحديدا من أولها ، فلو قدم المأمور به فيهما عليه لايحصل له الموعود به ، أفاده بعض من كتب على الجامع الصغير للسيوطى ط .

قلت : ولم أر فى الحديث ذكر صباحا ومساء بل فيه ذكر ثلاثا كما فى الزواجر عن الحكيم الترمذى « أفلا أدلك على مايذهب الله به عنك صغار الشرك وكباره ، تقول كل يوم ثلاث مرات : اللهم إنى أعوذ بك أن أشرك بك شيئا وأنا أعلم ، وأستغفرك لما لا أعلم » وعند أحمد والطبرانى « أيها الناس اتقوا الشرك فإنه أخفى من دبيب النمل ، وقالوا : كيف نتقيه يارسول الله ؟ قال : قولوا : اللهم إنا نعوذ بك أن نشرك بك شيئا نعلمه ، ونستغفرك لما لانعلمه » .

مطلب توبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس

(قوله وتوبة اليأس مقبولة دون إيمان اليأس) هو بالمثناة التحتية ضد الرجاء وقطع الطمع عن الحياة ، وعلل

وفيها أيضاً شهد نصرانيان على نصرانى أنه أسلم وهو ينكر لم تقبل شهادتهما ، وكذا لو شهد رجل وامرأتان من المسلمين . وفى النوازل : تقبل شهادة رجل وامرأتين على الإسلام وشهادة نصرانيين على نصرانى بأنه أسلم اهـ .
(وكل مسلم ارتد فتوبته مقبولة إلا) جماعة من تكررت ردته على مامر و (الكافر بسب نبى) من الأنبياء فإنه يقتل حدا

قبولها فى الدرر تبعا للبزازية بأن الكافر أجنبى غير عارف بالله تعالى وابتدأ إيمانا وعرفانا ، والفاسق حاله حالة البقاء ، والبقاء أسهل من الابتداء . والدليل على قبولها مطلقا قوله تعالى — وهو الذى يقبل التوبة عن عباده — اهـ وقد أطال فى آخر البزازية فى هذه المسألة ، ونقل قبله القول بعدم قبول كل منهما ، وعزاه أيضا إلى الحنفية والمالكية والشافعية ، وانتصر له مثلا على القارى فى شرح [بدء الأمالى] وقدمنا ذلك مبسوطا فى أول باب صلاة الجنائز .

مطلب أجمعوا على كفر فرعون

وأما إيمان اليأس ، فذهب أهل الحق أنه لاينفع عند الغرغرة ، ولاعند معاينة عذاب الاستئصال ، لقوله تعالى — فلم يك ينفعهم إيمانهم لما رأوا بأسنا — ولذا أجمعوا على كفر فرعون كما رواه الترمذى فى تفسيره فى سورة يونس وإن خالف فى ذلك الإمام العارف المحقق سيدى محيى الدين بن عربى فى كتابه الفتوحات : قال العلامة ابن حجر فى الزواجر : فإنا وإن كنا لنعتقد جلالة قائله فهو مردود ، فإن العصمة ليست إلا للأنبياء مع أنه نقل عن بعض كتبه أنه صرح فيها بأن فرعون مع هامان وقارون فى النار . وإذا اختلف كلام إمام فيؤخذ بما يوافق الأدلة الظاهرة ويعرض عما خالفها ثم أطال فى بيان رده .

مطلب فى استثناء قوم يونس

وذكر أيضا أنه يستثنى من إيمان اليأس قوم يونس عليه السلام ، لقوله تعالى — إلا قوم يونس — الآية ، بناء على أن الاستثناء متصل ، وأن إيمانهم كان عند معاينة عذاب الاستئصال ، وهو قول بعض المفسرين بجعله كرامة وخصوصية لنبيهم فلا يقاس عليها .

مطلب فى إحياء أبوى النبى صلى الله عليه وسلم بعد موتهما

ألا ترى أن نبينا صلى الله عليه وسلم قد أكرمه الله تعالى بحياة أبويه له حتى آمنا به كما فى حديث صححه القرطبى وابن ناصر الدين حافظ الشام وغيرهما ، فانتفعا بالإيمان بعد الموت على خلاف القاعدة إكراما لنبيه صلى الله عليه وسلم كما أحيا قتيل بنى إسرائيل ليخبر بقاتله . وكان عيسى عليه السلام يحيى الموتى ، وكذلك نبينا صلى الله عليه وسلم أحيا الله تعالى على يديه جماعة من الموتى . وقد صح أن الله تعالى رد عليه صلى الله عليه وسلم الشمس بعد مغيبها حتى صلى على كرم الله وجهه العصر ، فكما أكرم بعود الشمس والوقت بعد فواته ، فكذلك أكرم بعود الحياة ووقت الإيمان بعد فواته . وماقيل إن قوله تعالى — ولاتسأل عن أصحاب الجحيم — نزل فيهما لم يصح ، وخبر مسلم « أبى وأبوك فى النار » كان قبل علمه اهـ ملخصا ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى باب نكاح الكافر (قوله وفيها أيضا شهد نصرانيان الخ) هذا ساقط من بعض النسخ ، وسيذكره بعد قوله وكل مسلم ارتد الخ (قوله على مامر) أى عن الخانية معزيا للبلخى ، لكن قدمنا أن المروى عن أصحابنا جميعا خلافه .

مطلب مهم فى حكم ساب الأنبياء

(قوله الكافر بسب نبى) فى بعض النسخ والكافر بواو العطف وهو المناسب (قوله فإنه يقتل حدا) يعنى

ولا تقبل توبته مطلقا ، ولو سب الله تعالى قبلت لأنه حق الله تعالى ، والأول حق عبد لايزول بالتوبة ، ومن شك فى عذابه وكفره كفر ، وتمامه فى الدرر فى فصل الجزية معزيا للبزازية ، وكذا لو أبغضه بالقلب فتح وأشباه :

وفى فتاوى المصنف : ويجب إلحاق الاستهزاء والاستخفاف به لتعلق حقه أيضا . وفيها : سئل عمن قال لشريف لعن الله والديك ووالدى الذين خلفوك : فأجاب : الجمع المضاف يعم مالم يتحقق عهد ، خلافا لأبى هاشم وإمام الحرمين كما فى جمع الجوامع ، وحينئذ فيعم حضرة الرسالة فينبغى القول بكفره ، وإذا كفر بسببه لاتوبة له على ماذكره البزازى وتوارده الشارحون ، نعم لو لوحظ قول أبى هاشم وإمام الحرمين باحتمال العهد فلا كفر ، وهو اللائق بمذهبنا لتصريحهم بالميل إلى مالا يكفر . وفيها : من نقص مقام الرسالة بقوله بأن سبه صلى الله عليه وسلم أو بفعله بأن بغضه بقلبه قتل حدا كما مر التصريح به ، لكن صرح فى آخر الشفاء بأن حكمه كالمرتد ،

أن جزاءه القتل على وجه كونه حدا ، ولذا عطف عليه قوله ولاتقبل توبته ، لأن الحد لايسقط بالتوبة فهو عطف تفسير ؛ وأفاد أنه حكم الدنيا ، أما عند الله تعالى فهى مقبولة كما فى البحر :

ثم اعلم أن هذا ذكره الشارح مجاراة لصاحب الدرر والبزازية ، وإلا فسيذكر خلافه ويأتى تحقيقه (قوله مطلقا) أى سواء جاء تائبا بنفسه أوشهد عليه بذلك بحر (قوله لأنه حق عبد (١)) فيه أن حق العبد لايسقط إذا طالب به كحد القذف ، فلا بد هنا من دليل يدل على أن الحاكم له هذه المطالبة ولم يثبت ، وإنما الثابت أنه صلى الله عليه وسلم عفا عن كثيرين ممن آذوه وشتموه وقبل إسلامهم كأبى سفيان وغيره (قوله وتمامه فى الدرر) حيث قال نقلا عن البزازية : وقال ابن سحنون المالكى : أجمع المسلمون أن شاتمه كافر ، وحكمه القتل ، ومن شك فى عذابه وكفره كفر اهـ :

قلت : وهذه العبارة مذكورة فى الشفاء للقاضى عياض المالكى نقلها عنه البزازى وأخطأ فى فهمها ، لأن المراد بها ماقبل التوبة ، وإلا لزم تكفير كثير من الأئمة المجتهدين القائلين بقبول توبته وسقوط القتل بها عنه : على أن من قال يقتل وإن تاب يقول إنه إذا تاب لايعذب فى الآخرة كما صرحوا به ، وقدمناه آنفا ، فعلم أن المراد ماقلناه قطعا (قوله والديك ووالدى الذين خلفوك) بكسر الدال على لفظ الجمع فيهما أوفى أحدهما (قوله فيعم حضرة الرسالة) أى صاحبها صلى الله عليه وسلم ، وعليه لايختص الحكم بالشريف بل غيره مثله ، لأن آدم عليه السلام أبو جميع الناس ونوح الأب الثانى (قوله باحتمال العهد) المفهوم من العبارة السابقة أنهما يقولان بأنه لايعم وإن لم يتحقق عهد (قوله فلا كفر) أى لوجود الخلاف فى عمومه وتحقق الاحتمال فيه (قوله لكن صرح فى آخر الشفاء الخ) هذا استدراك على مافى فتاوى المصنف . وعبارة الشفاء هكذا : قال أبو بكر بن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن من سب النبى صلى الله عليه وسلم يقتل ، وممن قال ذلك مالك بن أنس والليث وأحمد وإسحاق ، وهو مذهب الشافعى ، وهو مقتضى قول أبى بكر رضى الله تعالى عنه ، ولاتقبل توبته عند هؤلاء ، وبمثله قال أبو حنيفة وأصحابه والثورى وأهل الكوفة والأوزاعى فى المسلم ، لكنهم قالوا هى ردة . وروى مثله الوليد بن مسلم عن مالك . وروى الطبرانى مثله عن أبى حنيفة وأصحابه فيمن ينقصه صلى الله عليه وسلم أو برئ منه أو كذبه اهـ :

وحاصله أنه نقل الإجماع على كفر الساب ، ثم نقل عن مالك ومن ذكر بعده أنه لاتقبل توبته : فعلم أن المراد من نقل الإجماع على قتله قبل التوبة ؛ ثم قال : وبمثله قال أبو حنيفة وأصحابه الخ أى قال إنه يقتل يعنى قبل

---

(١) (قوله لأنه حق عبد) ، هكذا بخطه ، والذى فى الشارح (لأنه حق الله تعالى) والأول حق عبد اهـ مصححه .

ومفاده قبول التوبة كما لايخفى ، زاد المصنف فى شرحه : وقد سمعت من مفتى الحنفية بمصر شيخ الإسلام ابن عبد العال أن الكمال وغيره تبعوا البزازى

التوبة لامطلقا ، ولذا استدرك بقوله لكنهم قالوا هى ردة : يعنى ليست حدا ثم ذكر أن الوليد روى عن مالك مثل قول أبى حنيفة فصار عن مالك روايتان فى قبول التوبة وعدمه ، والمشهور عنه العدم ولذا قدمه . وقال فى الشفاء فى موضع آخر : قال أبو حنيفة وأصحابه : من برىء من محمد صلى الله عليه وسلم أو كذب به فهو مرتد حلال الدم إلا أن يرجع اه فهذا تصريح بما علم من عبارته الأولى . وقال فى موضع بعد أن ذكر عن جماعة من المالكية عدم قبول توبته ، وكلام شيوخنا هؤلاء مبنى على القول بقتله حدا لاكفرا . وأما على رواية الوليد عن مالك ومن وافقه على ذلك من أهل العلم فقد صرحوا أنه ردة قالوا ، ويستتاب منها ، فإن تاب نكل وإن أبى قتل ، فحكموا له بحكم المرتد مطلقا ، والوجه الأول أشهر وأظهر اه يعنى أن قول مالك بعدم قبول التوبة أشهر وأظهر مما رواه عنه الوليد ، فهذا كلام الشفاء صريح فى أن مذهب أبى حنيفة وأصحابه القول بقبول التوبة كما هو رواية الوليد عن مالك ، وهو أيضا قول الثورى وأهل الكوفة والأوزاعى فى المسلم أى بخلاف الذمى إذا سب فإنه لاينقض عهده عندهم كما مر تحريره فى الباب السابق .

ثم إن مانقله عن الشافعى خلاف المشهور عنه ، والمشهور قبول التوبة على تفصيل فيه . قال الإمام خاتمة المجتهدين الشيخ تقى الدين السبكى فى كتابه [السيف المسلول على من سب الرسول] : حاصل المنقول عند الشافعية أنه متى لم يسلم قتل قطعا ومتى أسلم ، فإن كان السب قذفا فالأوجه الثلاثة هل يقتل أو يجلد أولا شىء ، وإن كان غير قذف فلا أعرف فيه نقلا للشافعية غير قبول توبته . وللحنفية فى قبول توبته قريب من الشافعية ، ولايوجد للحنفية غير قبول التوبة . وأما الحنابلة فكلامهم قريب من كلام المالكية ، والمشهور عن أحمد عدم قبول توبته وعنه رواية بقبولها فمذهبه كمذهب مالك سواء ، هذا تحرير المنقول فى ذلك اه ملخصا ، فهذا أيضا صريح في أن مذهب الحنفية القبول وأنه لاقول لهم بخلافه ، وقد سبقه إلى نقل ذلك أيضا شيخ الإسلام تقى الدين أحمد بن تيمية الحنبلى فى كتابه [الصارم المسلول على شاتم الرسول صلى الله عليه وسلم] كما رأيته فى نسخة منه قديمة عليها خطه حيث قال : وكذلك ذكر جماعة آخرون من أصحابنا أى الحنابلة أنه يقتل ساب الرسول صلى الله عليه وسلم ولاتقبل توبته سواء كان مسلما أو كافرا ، وعامة هؤلاء لما ذكروا المسألة قالوا خلافا لأبى حنيفة والشافعى وقولهما أى أبى حنيفة والشافعى وإن كان مسلما يستتاب ، فإن تاب وإلا قتل كالمرتد وإن كان ذميا ، فقال أبو حنيفة لاينقض عهده ثم قال بعد ورقة قال أبو الخطاب : إذا قذف أم النبى صلى الله عليه وسلم لاتقبل توبته ، وفى الكافر إذا سبها ثم أسلم روايتان . وقال أبو حنيفة والشافعى : تقبل توبته فى الحالين اه ثم قال فى محل آخر قد ذكرنا أن المشهور عن مالك وأحمد أنه لايستتاب ولايسقط القتل عنه ، وهو قول الليث بن سعد . وذكر القاضى عياض أنه المشهور من قول السلف وجمهور العلماء ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . وحكى عن مالك وأحمد أنه تقبل توبته ، وهو قول أبى حنيفة وأصحابه ، وهو المشهور من مذهب الشافعى بناء على قبول توبة المرتد اه فهذا صريح كلام القاضى عياض فى الشفاء والسبكى وابن تيمية وأئمة مذهبه على أن مذهب الحنفية قبول التوبة بلا حكاية قول آخر عنهم ، وإنما حكوا الخلاف فى بقية المذاهب ، وكفى بهؤلاء حجة لو لم يوجد النقل كذلك فى كتب مذهبنا التى قبل البزازى ومن تبعه مع أنه موجود أيضا كما يأتى فى كلام الشارح قريبا ، وقد استوفيت الكلام على ذلك فى كتاب سميته [تنبيه الولاة والحكام على أحكام شاتم خير الأنام] أو أحد أصحابه الكرام عليه وعليهم الصلاة والسلام (قوله ومفاده قبول التوبة) أقول : بل هو صريح ، ونص فى ذلك كما علمته

والبزازى تبع صاحب [السيف المسلول] عزاه إليه ولم يعزه لأحد من علماء الحنفية وقد صرح فى النتف ومعين الحكام وشرح الطحاوى وحاوى الزاهدى وغيرها بأن حكمه كالمرتد ولفظ النتف من سب الرسول صلى الله عليه وسلم فإنه مرتد ، وحكمه حكم المرتد ويفعل به مايفعل بالمرتد انتهى ،

(قوله والبزازى تبع صاحب السيف المسلول) الذى قاله البزازى إنه يقتل حدا ، ولاتوبة له أصلا ، سواء بعد القدرة عليه والشهادة أو جاء تائبا من قبل نفسه كالزنديق لأنه حد وجب ، فلا يسقط بالتوبة ولايتصور فيه خلاف لأحد ، لأنه تعلق به حق العبد إلى أن قال ودلائل المسألة تعرف فى كتاب [الصارم المسلول على شاتم الرسول] اه وهذا كلام يقضى منه غاية العجب ، كيف يقول لايتصور فيه خلاف لأحد بعد ما وقع فيه اختلاف الأئمة المجتهدين مع صدق الناقلين عنهم كما أسمعناك وعزوه المسألة إلى كتاب [الصارم المسلول] وهو لابن تيمية الحنبلى يدل على أنه لم يتصفح مانقلناه عنه من التصريح بأن مذهب الحنفية والشافعية قبول التوبة فى مواضع متعددة ، وكذلك صرح به السبكى فى السيف المسلول والقاضى عياض فى الشفاء كما سمعته مع أن عبارة البزازى بطولها أكثرها مأخوذ من الشفاء :

فقد علم أن البزازى قد تساهل غاية التساهل فى نقل هذه المسألة وليته حيث لم ينقلها عن أحد من أهل مذهبنا بل استند إلى مافى الشفاء والصارم أمعن النظر فى المراجعة حتى يرى ماهو صريح فى خلاف ما فهمه ممن نقل المسألة عنهم ولاحول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم . فلقد صار هذا التساهل سببا لوقوع عامة المتأخرين عنه فى الخطإ حيث اعتمدوا على نقله وقلدوه فى ذلك ولم ينقل أحد منهم المسألة عن كتاب من كتب الحنفية ، بل المنقول قبل حدوث هذا القول من البزازى فى كتبنا وكتب غيرنا خلافه (قوله وقد صرح فى النتف الخ) أقول : ورأيت فى كتاب الخراج لأبى يوسف مانصه : وأيما رجل مسلم سب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو كذبه أو عابه أو تنقصه فقد كفر بالله تعالى وبانت منه امرأته ، فإن تاب وإلا قتل ، وكذلك المرأة إلا أن أباحنيفة قال لاتقتل المرأة وتجبر على الإسلام اه وهكذا نقل الخير الرملى فى حاشية البحر أن المسطور فى كتب المذهب أنها ردة ، وحكمها حكمها ، ثم نقل عبارة النتف ومعين الحكام : والعجب منه أنه أفتى بخلافه فى الفتاوى الخيرية :

رأيت بخط شيخ مشايخنا السائحانى فى هذا المحل والعجب كل العجب حيث سمع المصنف كلام شيخ الإسلام يعنى ابن عبد العال ، ورأى هذه النقول كيف لا يشطب متنه عن ذلك . وقد أسمعنى بعض مشايخى رسالة حاصلها أنه لايقتل بعد الإسلام وأن هذا هو المذهب اه وكذلك كتب شيخ مشايخنا الرحمتى هنا على نسخته أن مقتضى كلام الشفاء وابن أبى جمرة فى شرح مختصر البخارى فى حديث « إن فريضة الحج أدركت أبى الخ » أن مذهب أبى حنيفة والشافعى حكمه حكم المرتد ، وقد علم أن المرتد تقبل توبته كما نقله هنا عن النتف وغيره ، فإذا كان هذا فى ساب الرسول صلى الله عليه وسلم ففى ساب الشيخين أو أحدهما بالأولى . فقد تحرر أن المذهب كمذهب الشافعى قبول توبته كما هو رواية ضعيفه عن مالك وأن تحتم قتله مذهب مالك ، وما عداه فإنه إما نقل غير أهل المذهب أو طرة مجهولة لم يعلم كاتبها ، فكن على بصيرة فى الأحكام ، ولا تغتر بكل أمر مستغرب وتغفل عن الصواب ، والله تعالى أعلم اه . وكذلك قال الحموى فى حاشية الأشباه نقلا عن بعض العلماء : إن ما ذكره صاحب الأشباه من عدم قبول التوبة قد أنكره عليه أهل عصره وأن ذلك إنما يحفظ لبعض أصحاب مالك كما نقله القاضى عياض وغيره : أما على طريقتنا فلا اه . وذكر فى آخر كتاب [نور العين] أن العلامة النحرير الشهير بحسام جلبى ألف رسالة فى الرد على البزازى وقال فى آخرها : وبالجملة قد تتبعنا كتب الحنيفية فلم نجد القول بعدم قبول توبة الساب عندهم سوى

وهو ظاهر فى قبول توبته كما مر عن الشفاء اه فليحفظ :

قلت : وظاهر الشفاء أن قوله ياابن ألف خنزير أو ياابن مائة كلب ، وأن قوله لهاشمى لعن الله بنى هاشم كذلك وأن شتم الملائكة كالأنبياء فليحرر :

ومن حوادث الفتوى مالو حكم حنفى بكفره بسب نبى هل للشافعى أن يحكم بقبول توبته ، الظاهر نعم لأنها حادثة أخرى وإن حكم بموجبه نهر :

قلت : ثم رأيت فى معروضات المفتى أبى السعود سؤالا ملخصه : أن طالب علم ذكر عنده حديث نبوى فقال أكلّ أحاديث النبى صلى الله عليه وسلم صدق يعمل بها : فأجاب بأنه يكفر أولا بسبب استفهامه الإنكارى ، وثانيا بإلحاقه الشين للنبى صلى الله عليه وسلم ، ففى كفره الأول عن اعتقاده يؤمر بتجديد الإيمان فلا يقتل ، والثانى يفيد الزندقة ،

مافى البزازية ، وقد علمت بطلانه ومنشأ غلطه أول الرسالة اه وسيذكر الشارح عن المحقق المفتى أبى السعود التصريح بأن مذهب الإمام الأعظم أنه لا يقتل إذا تاب ويكتفى بتعزيره ، فهذا صريح المنقول عمن تقدم على البزازى ومن تبعه ، ولم يستند هو ولا من تبعه إلى كتاب من كتب الحنفية ، وإنما استند إلى فهم أخطأ فيه حيث نقل عمن صرح ، بخلاف مافهمه كما قدمناه ، وإن أردت زيادة البيان فى المقام فارجع إلى كتابنا تنبيه الولاة والحكام (قوله وهو ظاهر فى قبول توبته) المراد بقبول التوبة فى الدنيا بدفع القتل عنه أما قبولها فى الآخرة فهو محل وفاق ، وأصرح منه ماقدمناه عن كتاب الخراج لأبى يوسف ، فإن تاب وإلا قتل (قوله كذلك) أى يكون شاتما لنبى ، لكن قوله يا ابن مائة كلب ، إن قاله لشريف فهو ممكن فيجرى فيه الخلاف المار فى قبول توبته وعدمه ، وإلا فقد يكون له مائة أب ليس فيهم نبى :

على أنه يمكن أن يكون مراده أنه اجتمع على أم المشتوم مائة كلب أو ألف خنزير ، فلا يدخل أجداده فى ذلك ، وحيث احتمل التأويل فلا يحكم بالكفر عندنا كما مر (قوله وأن شتم الملائكة كالأنبياء) هو مصرح به عندنا ، فقالوا : إذا شتم أحدا من الأنبياء أو الملائكة كفر ، وقد علمت أن الكفر بشتم الأنبياء كفر ردة فكذا الملائكة ، فإن تاب فبها وإلا قتل (قوله فليحرر) قد علمت تحريره بما قلنا (قوله هل للشافعى أن يحكم بقبول توبته) أى فى إسقاط القتل عنه ، وهو مبنى على ما ذكره البزازى ، وقد علمت أن أهل المذهب قائلون بقبول توبته فلا وجه لما ذكره اه ط : وكذا قال الرحمتى : قد علمت أن هذا ليس مذهبا للحنفية كما نطقت به كتبهم ونقله عنهم الأئمة كالقاضى عياض وابن أبى جمرة (قوله لأنها حادثة أخرى الخ) يعنى أن حكم الحنفى بكفره بناء على أن مذهبه عدم قبول التوبة لا يرفع الخلاف فى عدم قبو التوبة لأن عدم قبولها حادثة أخرى لم يحكم بها الحنفى فيسوغ للشافعى الحكم بقبولها وإن قال الحنفى حكمت بالكفر وموجبه لأن موجب الكفر القتل إن لم يتب وهو المتفق عليه ، ولا يلزم منه القتل أيضا إن تاب على أنه له موجبات أخر من فسخ النكاح وحبط العمل وغير ذلك ، فلا يكون قول الحنفى حكمت بموجبه حكما بقتله ، وإن تاب فللشافعى أن يحكم بعدم قتله إذا تاب :

والعجب من الشارح حيث نقل صريح مافى كتب المذهب من أن الحنفى كالشافعى فى قبول توبته كيف جارى صاحب النهر فى هذه المسألة ، فكان الصواب أن يبدل الحنفى بالمالكى أو الحنبلى (قوله سؤالا) مفعول رأيت : وفى بعض النسخ سؤال بالرفع وهو تحريف (قوله فأجاب بأنه يكفر الخ) قال السائحانى : أقول هذا لا يصدر عن أبى السعود لأن كلام القائل يحتمل أن كل الأحاديث الموجودة ليست صدقا لأن فيها الموضوع ، وهذا الاحتمال

فبعد أخذه لاتقبل توبته اتفاقا فيقتل ، وقبله اختلف فى قبول توبته ، فعند أبى حنيفة تقبل فلا يقتل وعند بقية الأئمة لاتقبل ويقتل حدا فلذلك ورد أمر سلطانى فى سنة ٩٤٤ لقضاة الممالك المحمية برعاية رأى الجانبين بأنه إن ظهر صلاحه وحسن توبته وإسلامه لايقتل ، ويكتفى بتعزيره وحبسه عملا بقول الإمام الأعظم وإن لم يكن من أناس يفهم خيرهم يقتل عملا بقول الأئمة ، ثم فى سنة ٩٥٥ تقرر هذا الأمر بآخر ، فينظر القائل من أى الفريقين هو فيعمل بمقتضاه اه فليحفظ ، وليكن التوفيق (أو) الكافر بسب (الشيخين أو) بسب (أحدهما) فى البحر عن الجوهرة معزيا للشهيد من سب الشيخين أو طعن فيهما كفر ولا تقبل توبته ، وبه أخذ الدبوسى وأبو الليث ، وهو المختار للفتوى انتهى ، وجزم به فى الأشباه وأقره المصنف قائلا : وهذا يقوى القول بعدم قبول توبة ساب الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهو الذى ينبغى التعويل عليه فى الإفتاء والقضاء رعاية لجانب حضرة المصطفى صلى الله عليه وسلم اه لكن فى النهر وهذا لاوجود له فى أصل الجوهرة ، وإنما وجد على هامش بعض النسخ ، فألحق بالأصل مع أنه لاارتباط له بما قبله انتهى :

أقرب من غيره ، وتقدم عن الدرر إذا كان فى المسألة وجوه توجب الكفر ووجه واحد يمنعه فعلى المفتى الميل لما يمنعه وقوله والثانى : أى إلحاق الشين يفيد الزندقة .

أقول : لا إفادة فيه لأن الزندقة أن لايتدين بدين اه وكتب ط نحوه (قوله فبعد أخذه الخ) تفريع على كونه صار زنديقا .

وحاصل كلامه أن الزنديق لو تاب قبل أخذه : أى قبل أن يرفع إلى الحاكم تقبل توبته عندنا وبعده لا اتفاقا وورد الأمر السلطانى للقضاة بأن ينظر فى حال ذلك الرجل إن ظهر حسن توبته يعمل بقول أبى حنيفة وإلا فبقول باقى الأئمة ، وأنت خبير بأن هذا مبنى على مامشى عليه القاضى عياض من مشهور مذهب مالك وهو عدم قبول توبته وأن حكمه حكم الزنديق عندهم ، وتبعه البزازى كما قدمناه عنه ، وكذا تبعه فى الفتح ، وقد علمت أن صريح مذهبنا خلافه كما صرح به القاضى عياض وغيره (قوله وليكن التوفيق) أى يحمل مامر عن النتف وغيره من أنه يفعل به ما يفعل بالمرتد على ما إذا تاب قبل أخذه ، وحمل مافى البزازية على مابعد أخذه ، وأنت خبير بأن هذا التوفيق غير ممكن لتصريح علمائنا بأن حكمه حكم المرتد ، ولا شك أن حكم المرتد غير حكم الزنديق ولم يفصل أحد منهم هذا التفصيل ، ولأن البزازى ومن تابعه قالوا إنه لاتوبة له أصلا سواء بعد القدرة عليه والشهادة أوجاء تائبا من قبل نفسه كما هو مذهب المالكية والحنابلة ، فعلم أنهما قولان مختلفان ، بل مذهبان متباينان . على أن الزنديق الذى لا تقبل توبته بعد الأخذ هو المعروف بالزندقة الداعى إلى زندقته كما يأتى ، ومن صدرت منه كلمة الشتم مرة عن غيظ أو نحوه لا يصير زنديقا بهذا المعنى (قوله وهو الذى ينبغى التعويل عليه) قلت : الذى ينبغى التعويل عليه ما نص عليه أهل المذهب فإن اتباعنا له واجب ط (قوله رعاية لجانب حضرة المصطفى صلى الله عليه وسلم) أقول : رعاية جانبه فى اتباع ماثبت عنه عند المجتهد (قوله لكن فى النهر الخ) قال السيد الحموى فى حاشية الأشباه : حكى عن عمر بن نجيم أن أخاه أفتى بذلك فطلب منه النقل فلم يوجد إلا على طرة الجوهرة وذلك بعد حرق الرجل اه :

مطلب مهم فى حكم سب الشيخين

وأقول : على فرض ثبوت ذلك فى عامة نسخ الجوهرة لاوجه له يظهر ، لما قدمناه من قبول توبة من سب الأنبياء عندنا خلافا للمالكية والحنابلة ، وإذا كان كذلك فلاوجه للقول بعدم قبول توبة من سب الشيخين بل لم يثبت ذلك

قلت : ويكفينا مامر من الأمر فتدبر .

عن أحد من الأئمة فيما أعلم اه ونقله عنه السيد أبو السعود الأزهرى فى حاشية الأشباه ط .

اقول : نعم نقل فى البزازية عن الخلاصة أن الرافضى إذا كان يسب الشيخين ويلعنهما فهو كافر ، وإن كان يفضل عليا عليهما فهو مبتدع اه وهذا لا يستلزم عدم قبول التوبة . على أن الحكم عليه بالكفر مشكل ، لما فى الاختيار اتفق الأئمة على تضليل أهل البدع أجمع وتخطئتهم ، وسب أحد من الصحابة وبغضه لا يكون كفرا ، لكن يضلل الخ ؛ وذكر فى فتح القدير أن الخوارج الذين يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويكفرون الصحابة حكمهم عند جمهور الفقهاء وأهل الحديث حكم البغاة . وذهب بعض أهل الحديث إلى أنهم مرتدون . قال ابن المنذر : ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم ، وهذا يقتضى نقل إجماع الفقهاء . وذكر فى المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع . وبعضهم يكفرون البعض ، وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه إلى أكثر أهل السنة ، والنقل الأول أثبت ، وابن المنذر أعرف بنقل كلام المجتهدين ، نعم يقع فى كلام أهل المذهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ، ولا عبرة بغير الفقهاء ، والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا اه ومما يزيد ذلك وضوحا ما صرحوا به فى كتبهم متونا وشروحا من قولهم : ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية . وقال ابن ملك فى شرح المجمع : وترد شهادة من يظهر سب السلف لأنه يكون ظاهر الفسق ، وتقبل من أهل الأهواء الجبر والقدر والرفض والخوارج(١) والتشبيه والتعطيل اه . وقال الزيلعى أو يظهر سب السلف يعنى الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون لأن هذه الأشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته ، ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة ، بخلاف مالو كان يخفى السب اه ولم يعلل أحد لعدم قبول شهادتهم بالكفر كما ترى ، نعم استثنوا الخطابية لأنهم يرون شهادة الزور لأشياعهم أو للحالف ، وكذا نص المحدثون على قبول رواية أهل الأهواء فهذا فيمن يسب عامة الصحابة ويكفرهم بناء على تأويل له فاسد .

فعلم أن ما ذكره فى الخلاصة من أنه كافر قول ضعيف مخالف للمتون والشروح ، بل هو مخالف لإجماع الفقهاء كما سمعت . وقد ألف العلامة منلا على القارى رسالة فى الرد على الخلاصة ، وبهذا تعلم قطعا أن ماعزى إلى الجوهرة من الكفر مع عدم قبول التوبة على فرض وجوده فى الجوهرة باطل لا أصل له ولا يجوز العمل به ، وقد مر أنه إذا كان فى المسألة خلاف ولو رواية ضعيفة ، فعلى المفتى أن يميل إلى عدم التكفير ، فكيف يميل هنا إلى التكفير المخالف للإجماع فضلا عن ميله إلى قتله وإن تاب ، وقد مر أيضا أن المذهب قبول توبة ساب الرسول صلى الله عليه وسلم فكيف ساب الشيخين . والعجب من صاحب البحر حيث تساهل غاية التساهل فى الإفتاء بقتله مع قوله : وقد ألزمت نفسى أن لا أفتى بشىء من ألفاظ التكفير المذكورة فى كتب الفتاوى ، نعم لاشك فى تكفير من قذف السيدة عائشة رضى الله تعالى عنها أو أنكر صحبة الصديق ، أو اعتقد الألوهية فى على أو أن جبريل غلط فى الوحى ، أو نحو ذلك من الكفر الصريح المخالف للقرآن ، ولكن لو تاب تقبل توبته ، هذا خلاصة ما حررناه فى كتابنا تنبيه الولاة والحكام ، وإن أردت الزيادة فارجع إليه واعتمد عليه ففيه الكفاية لذوى الدراية (قوله ويكفينا الخ) هذا مرتبط بقوله وهذا يقوى القول الخ ط والمراد بالأمر الأمر السلطانى ، وقد علمت مافيه .

---

(١) (قوله والخوارج) هكذا بخطه ، ولعل الأنسب بما قبله وما بعده أن يقول والخروج تأمل اه مصححه .

وفى المعروضات المذكورة مامعناه أن من قال عن فصوص الحكم للشيخ محيى الدين بن العربى إنه خارج عن الشريعة وقد صنفه للإضلال ومن طالعه ملحد ماذا يلزمه ؟ أجاب : نعم فيه كلمات تباين الشريعة ، وتكلف بعض المتصلفين لإرجاعها إلى الشرع ، لكنا تيقنا أن بعض اليهود افتراها على الشيخ قدس الله سره فيجب الاحتياط بترك مطالعة تلك الكلمات ، وقد صدر أمر سلطانى بالنهى فيجب الاجتناب من كل وجه انتهى فليحفظ ، وقد أثنى صاحب القاموس عليه فى سؤال رفع إليه فيه ، فكتب اللهم أنطقنا بما فيه رضاك ، الذى أعتقده

والحاصل أنه لاشك ولا شبهة فى كفر شاتم النبى صلى الله عليه وسلم وفى استباحة قتله ، وهو المنقول عن الأئمة الأربعة ، وإنما الخلاف فى قبول توبته إذا أسلم . فعندنا وهو المشهور عند الشافعية القبول . وعند المالكية والحنابلة عدمه بناء على أن قتله حدا أولا . وأما الرافضى ساب الشيخين بدون قذف للسيدة عائشة ولا إنكار لصحبة الصديق ونحو ذلك فليس بكفر فضلا عن عدم قبول التوبة بل هو ضلال وبدعة وسيأتى تمامه فى أول باب البغاة إن شاء الله تعالى .

مطلب فى حال الشيخ الأكبر سيدى محى الدين ابن عربى

نفعنا الله تعالى به

(قوله للشيخ محيي الدين بن العربى) هو محمد بن على بن محمد الحاتمى الطائى الأندلسى العارف الكبير ابن عربى ، ويقال ابن العربى . ولد سنة ٥٦٠ ومات فى ربيع سنة ٦٣٦ ودفن بالصالحية . وحسبك قول زروق وغيره من الفحول ذاكرين بعض فضله ، هو أعرف بكل فن من أهله ، وإذا أطلق الشيخ الأكبر فى عرف القوم فهو المراد ، وتمامه فى ط عن طبقات المناوى (قوله بعض المتصلفين) أى المتكلفين (قوله لكنا تيقنا الخ) لعل تيقنه بذلك بدليل ثبت عنده أو بسبب عدم إطلاعه على مراد الشيخ فيها وأنه لايمكن تأويلها فتعين عنده أنها مفتراة عليه ؛ كما وقع للعارف الشعرانى أنه افترى عليه بعض الحساد فى بعض كتبه أشياء مكفرة وأشاعها عنه حتى اجتمع بعلماء عصره وأخرج لهم مسودة كتابه التى عليها خطوط العلماء فإذا هى خالية عما افترى عليه هذا . ومن أراد شرح كلماته التى اعترضها المنكرون فليرجع إلى كتاب [الرد المتين على منتقص العارف محيي الدين] لسيدى عبد الغنى النابلسى (قوله فيجب الاحتياط الخ) لأنه إن ثبت افتراؤها فالأمر ظاهر ، وإلا فلا يفهم كل أحد مراده فيها ، فيخشى على الناظر فيها من الإنكار عليه أو فهم خلاف المراد . وللحافظ السيوطى رسالة سماها [تنبيه الغبى بتبرئة ابن عربى] ذكر فيها أن الناس افترقوا فيه فرقتين : الفرقة المصيبة تعتقد ولايته ، والأخرى بخلافها . ثم قال : والقول الفصل عندى فيه طريقة لايرضاها الفرقتان ، وهى اعتقاد ولايته وتحريم النظر فى كتبه . فقد نقل عنه أنه قال : نحن قوم يحرم النظر فى كتبنا ، وذلك أن الصوفية تواطؤا على ألفاظ اصطلحوا عليها وأرادوا بها معانى غير المعانى المتعارفة منها بين الفقهاء ، فمن حملها على معانيها المتعارفة كفر ؛ نص على ذلك الغزالى فى بعض كتبه ، وقال إنه شبيه بالمتشابه فى القرآن والسنة كالوجه واليد والعين والاستواء . وإذا ثبت أصل الكتاب عنه فلابد من ثبوت كل كلمة لاحتمال أن يدس فيه ماليس منه من عدو أو ملحد أو زنديق وثبوت أنه قصد بهذه الكلمة المعنى المتعارف ، وهذا لا سبيل إليه ، ومن ادعاه كفر لأنه من أمور القلب التى لايطلع عليها إلا الله تعالى .

وقد سأل بعض أكابر العلماء بعض الصوفية : ما حملكم على أنكم اصطلحتم على هذه الألفاظ التى يستشنع ظاهرها ؛ فقال غيره : على طريقنا هذا أن يدعيه من لا يحسنه ويدخل فيه من ليس أهله ، والمتصدى للنظر فى كتبه أو إقرائها لم ينصح لنفسه ولا غيره من المسلمين ولا سيما إن كان من القاصرين عن علوم الظاهر فإنه يضل

وأدين الله به إنه كان رضى الله تعالى عنه شيخ الطريقة حالا وعلما ، وإمام الحقيقة حقيقة ورسما ، ومحيي رسوم المعارف فعلا واسما :

إذا تغلغل فكر المرء فى طرف   من علمه غرقت فيه خواطره

عباب لاتكدر الدلاء ، وسحاب تتقاصى عنه الأنواء ، كانت دعوته تخرق السبع الطباق ، وتفرق بركاته فتملأ الآفاق .

وإنى أصفه وهو يقينا فوق ماوصفته ، وناطق بما كتبته ،

ويضل ، وإن كان عارفا فليس من طريقتهم إقراء المريدين لكتبهم ، ولا يؤخذ هذا العلم من الكتب اه ملخصا .

وذكر فى محل آخر : سمعت أن الفقيه العالم العلامة عز الدين بن عبد السلام كان يطعن فى ابن عربى ويقول هو زنديق ، فقال له يوما بعض أصحابه : أريد أن ترينى القطب فأشار إلى ابن عربى ، فقال له أنت تطعن فيه : فقال حتى أصون ظاهر الشرع أو كما قال اه . وللمحقق ابن كمال باشا فتوى قال فيها بعد ماأبدع فى مدحه : وله مصنفات كثيرة : منها فصوص حكمية وفتوحات مكية بعض مسائلها مفهوم النص والمعنى وموافق للأمر الإلهى والشرع النبوى ، وبعضها خفى عن إدراك أهل الظاهر دون أهل الكشف والباطن ، ومن لم يطلع على المعنى المرام يجب عليه السكوت فى هذا المقام ولقوله تعالى — ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤلا — (قوله شيخ الطريقة حالا وعلما) الطريقة : هى السيرة المختصة بالسالكين إلى الله تعالى : من قطع المنازل والترقى فى المقامات ، والحال عند أهل الحق معنى يرد على القلب من غير تصنع ولا اجتلاب ولا اكتساب ، من طرب أو حزن ، أو قبض أو بسط ، أو هيبة ، ويزول بظهور صفات النفس سواء تعقبه المثل أولا ، فإذا دام وصار ملكة يسمى مقاما ، فالأحوال مواهب ، والمقامات تحصل ببذل المجهود ، والعلم هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع ، ومنه فعلىّ وهو مالايؤخذ من الغير وانفعالى ما أخذ من الغير اه من تعريفات السيد الشريف قدس سره (قوله وإمام الحقيقة) هى مشاهدة الربوبية بالقلب ، ويقال هى سر معنوىّ لاحد له ولا جهة ، وهى والطريقة والشريعة متلازمة ، لأن الطريق إلى الله تعالى لها ظاهر وباطن ؛ فظاهرها الشريعة والطريقة وباطنها الحقيقة فبطون الحقيقة فى الشريعة والطريقة كبطون الزبد فى لبنه لايظفر من اللبن بزبده بدون مخضه ، والمراد من الثلاثة إقامة العبودية على الوجه المراد من العبد اه من الفتوحات الإلهية للقاضى زكريا (قوله حقيقة ورسما) الحقيقة ضد المجاز . والرسم الأثر أو بقيته أو مالا شخص له من الآثار جمعه أرسم ورسوم قاموس ، والمراد أنه الإمام من جهة الحقيقة ونفس الأمر ، ومن جهة الأثر الظاهر للبصر (قوله فعلا واسما) أى أحيا آثارها من جهة الفعل والاسم حتى صارت المعارف فاعلة أفعالها ومشهورة بين الناس (قوله إذا تغلغل الخ) هذا بيت من بحر البسيط : والتغلغل الدخول والإسراع . والفكر : بالكسر ويفتح إعمال النظر فى الشىء : والخاطر : الهاجس قاموس ، وهو مايخطر فى القلب من تدبير أمر مصباح (قوله عباب) كغراب معظم السيل وكثرته وموجه : والدلاء جمع دلو : أى لايتغير بأخذ الدلاء منه ، لأنها لا تصل إلى أسفله لكثرته (قوله تتقاصى عنه الأنواء) التقاصى : بالقاف والصاد المهملة التباعد . والأنواء : جمع نوء وهو النجم . واستناءه : طلب نوءه أى عطاءه قاموس : أى أنه سحاب تتباعد عن مطره وفيضه النجوم التى يكون المطر وقت طلوعها ، أو تتباعد عنه عطايا الناس : أى لاتشبهه (قوله الآفاق) جمع أفق بضم وبضمتين الناحية وما ظهر من نواحى الفلك قاموس (قوله وهو يقينا) مفعول مطلق لفعل محذوف ، تقديره أيقنه ، جملة معترضة بين المبتدأ والخبر ط (قوله وناطق بما كتبته) المراد أنه مقرّ به وأن القول طابق الفعل ط

وغالب ظني أني ما أنصفته :

وما عليّ إذا ماقلت معتقدي   دع الجهول يظن الجهل عدوانا
والله والله والله العظيم ومن   أقامــه حجــة لله برهانا
إن الذي قلت بعض من مناقبه   مازدت إلا لعلي زدت نقصانا

إلى أن قال : ومن خواص كتبه أنه من واظب على مطالعتها انشرح صدره لفك المعضلات ، وحل المشكلات وقد أثنى عليه الشيخ العارف عبد الوهاب الشعراني سيما في كتابه [تنبيه الأغبياء، على قطرة من بحر علوم الأولياء] فعليك وبالله التوفيق (و) الكافر بسبب اعتقاد (السحر) توبة له (ولو امرأة) في الأصح

والجملة عطف على أصفه (قوله ما أنصفته) يقال أنصفته إنصافا عاملته بالعدل والقسط مصباح (قوله وما عليّ) ما استفهامية أو نافية : أي وما علي شيء (قوله يظن الجهل) أي يظن الجهل في غيره فهو مفعول أول أو يظن الظن الجهل فهو مفعول مطلق ، وقوله عدوانا أي ظلما مفعول لأجله أو حال ،وهذا أولى مما قيل إن الجهل بمعنى المجهول مفعول أول وعدوانا مفعول ثان : أي ذا عدوان فافهم (قوله برهانا) هو الحجة قاموس ،فهو حال مؤكدة ط (قوله من مناقبه) جمع منقبة وهي المفخرة قاموس ط (قوله إلا لعلي) أي لكن أخاف وأشفق أني زدت من جهة النقصان والتقصير في حقه ، فنقصانا تمييز لا مفعول زدت لئلا يرد عليه ماقيل في زاد النقص أنه لامناسبة بين الزيادة والنقص حتى يتسلط أحدهما على الآخر :

مطلب في الساحر والزنديق

(قوله والكافر بسبب اعتقاد السحر) في الفتح : السحر حرام بلا خلاف بين أهل العلم ، واعتقاد إباحته كفر . وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد الحرمة أو لا ويقتل وفيه حديث مرفوع « حد الساحر ضربة بالسيف » يعني القتل وعند الشافعي لايقتل ولا يكفر إلا إذا اعتقد إباحته . وأما الكاهن ، فقيل هو الساحر ، وقيل هو العراف الذي يحدث ويتخرص ،وقيل من له من الجن من يأتيه بالأخبار . وقال أصحابنا : إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له مايشاء كفر لا إن اعتقد أنه تخييل ، وعند الشافعي إن اعتقد مايوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب وأنها تفعل مايلتمسه كفر . وعند أحمد حكمه كالساحر في رواية يقتل ،وفي رواية إن لم يتب ، ويجب أن لايعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه . وأما قتله فيجب ولا يستتاب إذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الأرض لا بمجرد علمه إذا لم يكن في اعتقاده مايوجب كفره اهـ .

وحاصله أنه اختار أنه لايكفر إلا إذا اعتقد مكفرا ، وبه جزم في النهر ، وتبعه الشارح ، وأنه يقتل مطلقا إن عرف تعاطيه له ، ويؤيده مافي الخانية : اتخذ لعبة ليفرق بين المرء وزوجه . قالوا : هو مرتد ويقتل إن كان يعتقد لها أثرا ويعتقد التفريق من اللعبة لأنه كافر اهـ .

وفي نور العين عن المختارات : ساحر يسحر ويدعي الخلق من نفسه يكفر ويقتل لردته . وساحر يسحر وهو جاحد لايستتاب منه ويقتل إذا ثبت سحره دفعا للضرر عن الناس . وساحر يسحر تجربة ولا يعتقد به لايكفر . قال أبو حنيفة : الساحر إذا أقر بسحره أو ثبت بالبينة يقتل ولا يستتاب منه ، والمسلم والذمي والحر والعبد فيه سواء . وقيل يقتل الساحر المسلم لا الكتابي ، والمراد من الساحر غير المشعوذ ولا صاحب الطلسم ولا الذي يعتقد

لسعيها فى الأرض بالفساد ذكره الزيلعى ، ثم قال (و) كذا الكافر بسبب (الزندقة)

الإسلام . والسحر فى نفسه حق أمر كائن إلا أنه لايصلح إلا للشر والضرر بالخلق ، والوسيلة إلى الشر شر فيصير مذموما اه .

والفرق بين الثلاثة : أن الأول مصرح بما هو كفر . والثانى لا يدرى كيف يقول كما وقع التعبير به فى الخانية لأنه جاحد ، ويعلم منه أن الأول لا يستتاب : أى لا يمهل طلبا للتوبة لأنها لاتقبل منه فى دفع القتل عنه بعد أخذه كما يأتى دفعا للضرر عن الناس كقطاع الطريق والخناق وإن كانوا مسلمين . وبه علم أن الثالث وإن كان لا يكفر لكنه يقتل أيضا للاشتراك فى الضرر ، وأن تقييد الشارح بكونه كافرا بسبب اعتقاد السحر غير قيد ، بل يقتل ولو كان كافرا أصليا أو لم يكفر باعتقاده ، نعم لما كان كلام المصنف فى المسلم الذى ارتد قيد بذلك تأمل . وعلم به وبما نقلناه عن الخانية أنه لا يكفر بمجرد عمل السحر مالم يكن فيه اعتقاد أو عمل ماهو مكفر ، ولذا نقل فى [تبيين المحارم] عن الإمام أبى منصور أن القول بأنه كفر على الإطلاق خطأ ويجب البحث عن حقيقته ، فإن كان فى ذلك رد مالزم فى شرط الإيمان فهو كفر وإلا فلا اه . والظاهر أن مانقله فى الفتح عن أصحابنا مبنى على أن السحر لايكون إلا إذا تضمن كفرا ويأتى تحقيقه ، وقدمنا فى خطبة الكتاب تعداد أنواع السحر وتمام بيان ذلك فى رسالتنا المسماة [سل الحسام الهندى لنصرة مولانا خالد النقشبندى] (قوله لسعيها الخ) أى لا بسبب اعتقادها الذى هو ردة لأن المرتدة لاتقتل عندنا ، ومقابل الأصح مافى المنتقى أنها لاتقتل بل تحبس وتضرب كالمرتدة كما فى الزيلعى .

مطلب فى الفرق بين الزنديق والمنافق والدهرى والملحد

(قوله وكذا الكافر بسبب الزندقة) قال العلامة ابن كمال باشا فى رسالته : الزنديق فى لسان العرب يطلق على من ينفى البارى تعالى ، وعلى من يثبت الشريك ، وعلى من ينكر حكمته . والفرق بينه وبين المرتد العموم الوجهى لأنه قد لايكون مرتدا ، كما لو كان زنديقا أصليا غير منتقل عن دين الإسلام ، والمرتد قد لايكون زنديقا كما لو تنصر أو تهود ، وقد يكون مسلما فيتزندق . وأما فى اصطلاح الشرع ، فالفرق أظهر لاعتبارهم فيه إبطان الكفر والاعتراف بنبوة نبينا صلى الله عليه وسلم على مافى شرح المقاصد ، لكن القيد الثانى فى الزنديق الإسلامى بخلاف غيره . والفرق بين الزنديق والمنافق والدهرى والملحد مع الاشتراك فى إبطان الكفر أن المنافق غير معترف بنبوة نبينا صلى الله عليه وسلم ، والدهرى كذلك مع إنكاره إسناد الحوادث إلى الصانع المختار سبحانه وتعالى . والملحد : وهو من مال عن الشرع القويم إلى جهة من جهات الكفر ، من ألحد فى الدين : حاد وعدل لا يشترط فيه الاعتراف بنبوة نبينا صلى الله عليه وسلم ولا بوجود الصانع تعالى وبهذا فارق الدهرى أيضا ، ولا إضمار الكفر وبه فارق المنافق ، ولا سبق الإسلام وبه فارق المرتد ، فالملحد أوسع فرق الكفر حدا : أى هو أعم من الكل اه ملخصا .

قلت : لكن الزنديق باعتبار أنه قد يكون مسلما وقد يكون كافرا من الأصل لايشترط فيه الاعتراف بالنبوة وسيأتى عن الفتح تفسيره بمن لايتدين بدين .

ثم بين حكم الزنديق فقال : اعلم أنه لايخلو ، إما أن يكون معروفا داعيا إلى الضلال أولا . والثانى ماذكره صاحب الهداية فى التجنيس من أنه على ثلاثة أوجه : إما أن يكون زنديقا من الأصل على الشرك ، أو يكون مسلما فيتزندق ، أو يكون ذميا فيتزندق ؛ فالأول يترك على شركه إن كان من العجم ، أى بخلاف مشرك العرب

لا توبة له ، وجعله فى الفتح ظاهر المذهب ، لـكن فى حظر الخانية الفتوى على أنه (إذا أخذ) الساحر أو الزنديق المعروف الداعى (قبل توبته) ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل ، ولو أخذ بعدها قبلت . وأفاد فى السراج أن الخناق لا توبة له . وفى الشمنى : الكاهن قيل كالساحر . وفى حاشية البيضاوى لمنلاخسرو :

فإنه لا يترك . والثانى يقتل إن لم يسلم لأنه مرتد . وفى الثالث(١) يترك على حاله لأن الـكفر ملة واحدة اه والأول أى المعروف الداعى لا يخلو من أن يتوب بالاختيار ويرجع عما فيه قبل أن يؤخذ أولا ،والثانى يقتل دون الأول اه وتمامه هناك (قوله لا توبة له) تصريح بوجه الشبه ، والمراد بعدم التوبة أنها لا تقبل منه فى نفى القتل عنه كما مر فى الساب ، ولذا نقل البيرى عن الشمنى بعد نقله اختلاف الرواية فى القبول وعدمه أن الخلاف فى حق الدنيا ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فتقبل توبته بلا خلاف اه ونحوه فى رسالة ابن كمال (قوله لـكن فى حظر الخانية الخ) استدراك على الفتح حيث لم يذكر هذا التفصيل . ونقل فى النهر عن الدراية روايتين فى القبول وعدمه ، ثم قال : وينبغى أن يكون هذا التفصيل محمل الروايتين اه (قوله المعروف) أى بالزندقة الداعى أى الذى يدعو الناس إلى زندقته اه ح .

فإن قلت : كيف يكون معروفا داعيا إلى الضلال ، وقد اعتبر فى مفهومه الشرعى أن يبطن الـكفر .

قلت : لا بعد فيه ، فإن الزنديق يموه كفره ويروج عقيدته الفاسدة ويخرجها فى الصورة الصحيحة ، وهذا معنى إبطال الـكفر ، فلا ينافى إظهاره الدعوى إلى الضلال وكونه معروفا بالإضلال اه ابن كمال (قوله أن الخناق لا توبة له) أفاد بصيغة المبالغة أن من خنق مرة لا يقتل . قال المصنف قبيل الجهاد : ومن تـكرر الخنق منه فى المصر قتل به وإلا لا اه ط .

قلت : ذكر الخناق هنا استطرادى لأن الكلام فى الكافر الذى لا تقبل توبته والخناق غير كافر ، وإنما لا تقبل توبته لسعيه فى الأرض بالفساد ودفع ضرره عن العباد ، ومثله قطاع الطريق .

مطلب فى الـكاهن والعراف

(قوله الكاهن قيل كالساحر) فى الحديث « من أتى كاهنا أو عرافا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، وصححه الحاكم عن أبى هريرة . والكاهن كما فى مختصر النهاية للسيوطى : من يتعاطى الخبر عن الكائنات فى المستقبل ويدعى معرفة الأسرار . والعراف : المنجم . وقال الخطابى : هو الذى يتعاطى معرفة مكان المسروق والضالة ونحوهما اه .

والحاصل أن الكاهن من يدعى معرفة الغيب بأسباب وهى مختلفة فلذا انقسم إلى أنواع متعددة كالعراف . والرمال و المنجم : وهو الذى يخبر عن المستقبل بطلوع النجم وغروبه ، والذى يضرب بالحصى ، والذى يدعى أن له صاحبا من الجن يخبره عما سيكون ، والكل مذموم شرعا ، محكوم عليهم وعلى مصدقهم بالكفر . وفى البزازية : يكفر بادعاء علم الغيب وباتيان الكاهن وتصديقه . وفى التتارخانية : يكفر بقوله أنا أعلم المسروقات أو أنا أخبر عن إخبار الجن إياى اه .

قلت : فعلى هذا أرباب التقاويم من أنواع الكاهن لادعائهم العلم بالحوادث الـكائنة . وأما ما وقع لبعض

---

(١) (قوله وفى الثالث) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف ، والمناسب حذف « فى » كالأول والثانى قبله اه مصححه .

الداعي إلى الإلحاد والإباحي كالزنديق . وفي الفتح : والمنافق الذي يبطن الكفر ويظهر الإسلام كالزنديق الذي لايتدين بدين ، وكذا من علم أنه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتقاد حرمته ،

الخواص كالأنبياء والأولياء بالوحي أو الإلهام فهو بإعلام من الله تعالى فليس مما نحن فيه اه ملخصا من حاشية نوح من كتاب الصوم .

مطلب في دعوى علم الغيب

قلت : وحاصله أن دعوى علم الغيب معارضة لنص القرآن فيكفر بها ، إلا إذا أسند ذلك صريحا أو دلالة إلى سبب من الله تعالى كوحي أو إلهام ، وكذا لو أسنده إلى أمارة عادية بجعل الله تعالى . قال صاحب الهداية في كتابه مختارات النوازل : وأما علم النجوم فهو في نفسه حسن غير مذموم ، إذ هو قسمان : حسابي وإنه حق وقد نطق به الكتاب . قال تعالى -- الشمس والقمر بحسبان -- أي سيرهما بحسبان . واستدلالي بسير النجوم وحركة الأفلاك على الحوادث بقضاء الله تعالى وقدره ، وهو جائز كاستدلال الطبيب بالنبض على الصحة والمرض ، ولو لم يعتقد بقضاء الله تعالى أو ادعى علم الغيب بنفسه يكفر اه وتمام تحقيق هذا المقام يطلب من رسالتنا سل الحسام الهندي (قوله الداعي إلى الإلحاد) قدمنا عن ابن كمال بيانه (قوله والإباحي) أي الذي يعتقد إباحة المحرمات وهو معتقد الزنا دقة . ففي فتاوى قارئ الهداية : الزنديق هو الذي يقول ببقاء الدهري ويعتقد أن الأموال والحرم مشتركة اه . وفي رسالة ابن كمال عن الإمام الغزالي في كتاب [التفرقة بين الإسلام والزندقة] ومن جنس ذلك ما يدعيه بعض من يدعي التصوف أنه بلغ حالة بينه وبين الله تعالى أسقطت عنه الصلاة وحل له شرب المسكر والمعاصي وأكل مال السلطان ، فهذا مما لا أشك في وجوب قتله إذ ضرره في الدين أعظم ؛ وينفتح به باب من الإباحة لاينسد ؛ وضرر هذا فوق ضرر من يقول بالإباحة مطلقا ؛ فإنه يمتنع عن الإصغاء إليه لظهور كفره : أما هذا فيزعم أنه لم يرتكب إلا تخصيص عموم التكليف بمن ليس له مثل درجته في الدين ويتداعى هذا إلى أن يدعي كل فاسق مثل حاله اه ملخصا .

مطلب في أهل الأهواء إذا ظهرت بدعتهم

وفي نور العين عن التمهيد : أهل الأهواء إذا ظهرت بدعتهم بحيث توجب الكفر فإنه يباح قتلهم جميعا إذا لم يرجعوا ولم يتوبوا ، وإذا تابوا وأسلموا تقبل توبتهم جميعا إلا الإباحية والغالية والشيعة من الروافض والقرامطة والزنادقة من الفلاسفة لاتقبل توبتهم بحال من الأحوال ، ويقتل بعد التوبة وقبلها ، لأنهم لم يعتقدوا بالصانع تعالى حتى يتوبوا ويرجعوا إليه . وقال بعضهم : إن تاب قبل الأخذ والإظهار تقبل توبته وإلا فلا ، وهو قياس قول أبي حنيفة ، وهو حسن جدا ، فأما في بدعة لاتوجب الكفر فإنه يجب التعزير بأي وجه يمكن أن يمنع من ذلك ، فإن لم يمكن بلا حبس وضرب يجوز حبسه وضربه ، وكذا لو لم يمكن المنع بلا سيف إن كان رئيسهم ومقتداهم جاز قتله سياسة وامتناعا . والمبتدع لوله دلالة ودعوة للناس إلى بدعته ويتوهم منه أن ينشر البدعة وإن لم يحكم بكفره جاز للسلطان قتله سياسة وزجرا ، لأن فساده أعلى وأعم حيث يؤثر في الدين . والبدعة لو كانت كفرا يباح قتل أصحابها عاما ، ولو لم تكن كفرا يقتل معلمهم ورئيسهم زجرا وامتناعا اه (قوله الذي لايتدين بدين) يحتمل أن يكون

وتمامه فيه . وفيه : يكفرالساحر بتعلمه وفعله اعتقد تحريمه أولا ويقتل انتهى ؛ لـكن فى حظر الخانية : او استعمله للتجربة والامتحان ولا يعتقده لا يكفر

المراد به الذى لا يستقر على دين ، أو الذى يكون اعتقاده خارجا عن جميع الأديان . والثانى هو الظاهر من كلامه الذى سنذكره عنه ، وقدمنا عن رسالة ابن كمال تفسيره شرعا بمن يبطن الكفر وهذا أعم (قوله وتمامه فيه) أى فى الفتح حيث قال : ويجب أن يكون حكم المنافق فى عدم قبولنا توبته كالزنديق لأن ذلك فى الزنديق لعدم الاطمئنان إلى ما يظهر من التوبة إذا كان يخفى كفره الذى هو عدم اعتقاده دينا ، والمنافق مثله فى الإخفاء ؛ وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بأن يعثر بعض الناس عليه أو يسره إلى من أمن إليه اه .

مطلب حكم الدروز والتيامنة والنصيرية والإسماعيلية

[تنبيه] يعلم مما هنا حكم الدروز والتيامنة فإنهم فى البلاد الشامية يظهرون الإسلام والصوم والصلاة مع أنهم يعتقدون تناسخ الأرواح وحل الخمر والزنا وأن الألوهية تظهر فى شخص بعد شخص ويجحدون الحشر والصوم والصلاة والحج ، ويقولون المسمى به غير المعنى المراد ويتكلمون فى جناب نبينا صلى الله عليه وسلم كلمات فظيعة ؛ وللعلامة المحقق عبد الرحمن العمادى فيهم فتوى مطولة ، وذكر فيها أنهم ينتحلون عقائد النصيرية والإسماعيلية الذين يلقبون بالقرامطة والباطنية الذين ذكرهم صاحب المواقف . ونقل عن علماء المذاهب الأربعة أنه لا يحل إقرارهم فى ديار الإسلام بجزية ولا غيرها ، ولا تحل مناكحتهم ولا ذبائحهم ، وفيهم فتوى فى الخيرية أيضا فراجعها .

مطلب جملة من لا تقبل توبته

والحاصل أنهم يصدق عليهم اسم الزنديق والمنافق والملحد . ولا يخفى أن إقرارهم بالشهادتين مع هذا الاعتقاد الخبيث لا يجعلهم فى حكم المرتد لعدم التصديق ، ولا يصح إسلام أحدهم ظاهرا إلا بشرط التبرى عن جميع ما يخالف دين الإسلام لأنهم يدعون الإسلام ويقرون بالشهادتين وبعد الظفر بهم لا تقبل توبتهم أصلا . وذكر فى التاترخانية أنه سئل فقهاء سمرقند عن رجل يظهر الإسلام والإيمان ثم أقر بأنى كنت أعتقد مع ذلك مذهب القرامطة وأدعو إليه والآن تبت ورجعت وهو يظهر الآن ما كان يظهره قبل من الإسلام والأيمان . قال أبو عبد الكريم بن محمد : قتل القرامطة واستئصالهم فرض ؛ وأما هذا الرجل الواحد ، فبعض مشايخنا قال يتغفل ويقتل : أى تطلب غفلته فى عرفان مذهبه . وقال بعضهم يقتل بلا استغفال ، لأن من ظهر منه ذلك ودعا الناس لا يصدق فيما يدعى بعد من التوبة ولو قبل منه ذلك لهدموا الإسلام وأضلوا المسلمين من غير أن يمكن قتلهم ، وأطال فى ذلك ، ونقل عدة فتاوى عن أئمتنا وغيرهم بنحو ذلك ، لكن تقدم اعتماد قبول التوبة قبل الأخذ لا بعده (قوله لكن فى حظر الخانية) أى فى كتاب الحظر والإباحة منها والاستدراك على قول الفتح أولا : أى أو لم يعتقد تحريمه ، وقدمنا أنه فى الفتح نقل ذلك عن أصحابنا وأنه اختار أنه لا يكفر ما لم يعتقد ما يوجب الكفر لكنه يقتل ؛ ولعل ما نقله عن الأصحاب مبنى على أن السحر لا يتم إلا بما هو كفر كما يفيده قوله تعالى — وما يعلمان من أحد حتى يقولا إنما نحن فتنة فلا تكفر — وعلى هذا فغير المكفر لا يسمى سحرا ، ويؤيد ما قدمناه عن المختارات من أن المراد بالساحر غير المشعوذ ولا صاحب الطلسم ولا من يعتقد الإسلام : أى بأن لم يفعل أو يعتقد ما ينافى الإسلام ، ولذا قال هنا ولا يعتقده فقد علم أنه يسمى ساحرا ما لم يعتقد أو يفعل ما هو كفر ، والله سبحانه أعلم .

وحينئذ فالمستثنى أحد عشر :

(و) اعلم أن (كل مسلم ارتد فإنه يقتل إن لم يتب إلا) جماعة (المرأة والخنثى ، ومن إسلامه تبعا ، والصبى إذا أسلم ، والمكره على الإسلام ، ومن ثبت إسلامه بشهادة رجلين ثم رجعا) زاد فى الأشباه : ومن ثبت إسلامه بشهادة رجل وامرأتين انتهى :

ولو شهد نصرانيان على نصرانى أنه أسلم وهو ينكر لم تقبل شهادتهما ، وقيل تقبل ؛ ولو على نصرانية قبلت اتفاقا ، وتمامه فى آخر كراهية الدرر ، ويلحق بالصبى من ولدته المرتدة بيننا إذا بلغ مرتداً ،

مطلب جملة من لايقتل إذا ارتد

(قوله فالمستثنى أحد عشر) أى من قوله وكل مسلم ارتد فتوبته مقبولة إلا أحد عشر : من تكررت ردته ، وساب النبى صلى الله عليه وسلم ، وساب أحد الشيخين ، والساحر ، والزنديق والخناق ؛ والكاهن ، والملحد ، والإباحى والمنافق ، ومنكر بعض الضروريات باطنا اهـ ح .

قلت : لكن الساحر لايلزم أن يكون مرتدا بأن يكون مسلما أصليا فعل ذلك فإنه يقتل ولو كافرا كما مر ، والخناق غير كافر وإنما يقتل لسعيه بالفساد كما قدمناه : وأما الزنديق الداعى والملحد وما بعده فيكفى فيه إظهاره للإسلام وإن كان كافرا أصليا فعلم أن المراد بيان جملة من لاتقبل توبته سواء كان مسلما ارتد أو لم يرتد أو كان كافرا أصليا ؛ وعليه فكان المناسب ذكر قطاع الطريق ، وكذا أهل الأهواء كما مر عن التمهيد ، وكذا العوانى كما مر فى باب التعزير ، وكذا كل من وجب عليه حد زنا أو سرقة أو قذف أو شرب . وأما ذكر ساب النبى صلى الله عليه وسلم أو أحد الشيخين فقد علمت مافيه (قوله المرأة) يستثنى منها المرتدة بالسحر كما مر وهو الأصح كما فى البحر (قوله والخنثى) أى المشكل فإنه إذا ارتد لم يقتل ويحبس ويجبر على الإسلام بحر عن التاترخانية (قوله ومن إسلامه تبعا) صوابه تبع اهـ ح . قال فى البحر عن البدائع : صبى أبواه مسلمان حتى حكم بإسلامه تبعا لأبويه فبلغ كافرا ولم يسمع منه إقرار باللسان بعد البلوغ لايقتل لانعدام الردة منه إذ هى اسم للتكذيب بعد سابقة التصديق ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ ، حتى لوأقر بالاسلام ثم ارتد يقتل ولكنه فى الأولى يحبس لأنه كان له حكم الاسلام قبل البلوغ تبعا ، والحكم فى أكسابه كالحكم فى أكساب المرتد لأنه مرتد حكما اهـ (قوله والصبى إذا أسلم) أى استقلالا بنفسه لاتبعا لأبويه وإلا فهو المسألة المارة ، وأطلق عدم قتله فشمل ما بعد البلوغ . فى البحر : لو بلغ مرتدا لا يقتل استحسانا لقيام الشبهة باختلاف العلماء فى صحة إسلامه ، وسيأتى الكلام فى إسلامه وردته : وبقى مسألة أخرى ذكرها فى البحر والفتح عن المبسوط ، وهى مالو ارتد الصبى فى صغره . فعلم أن الأولى فيما إذا ارتد حال البلوغ : أى قبل أن يقر بالإسلام (قوله والمكره على الإسلام) لأن الحكم بإسلامه من حيث الظاهر لأن قيام السيف على رأسه ظاهر فى عدم الاعتقاد فيصير شبهة فى إسقاط القتل فتح ، وفيه بعد نقله هذه المسائل عن المبسوط . قال : وفى كل ذلك يجبر على الإسلام ، ولوقتله قاتل قبل أن يسلم لايلزمه شئ (قوله ثم رجعا) لأن الرجوع شبهة الكذب فى الشهادة (قوله ومن ثبت إسلامه بشهادة رجل وامرأتين) هذا على رواية النوادر كما ستراه ح (قوله وقيل تقبل) يوهم أن المسألة الأولى اتفاقية وليس كذلك ويمكن إرجاعه للمسألتين (قوله ولو على نصرانية قبلت اتفاقا) لأن المرتدة لاتقتل بخلاف المرتد ولكنها تجبر على الاسلام وهذا كله قول الامام . وفى النوادر : تقبل شهادة رجل وامرأتين على الإسلام وشهادة نصرانيين على نصرانى أنه أسلم وهذا هو الذى فى آخر كراهية الدرر كما فى ح ، واعتمد قاضيخان قول الإمام بعدم القتل بشهادة النساء وإن كان يجبر على الإسلام لأن أى نفس كانت لا تقتل بشهادة النساء ط عن نوح أفندى (قوله من ولدته المرتدة بيننا) لأنه يجبر على الإسلام كأمه لكنه لا يقتل كمن كان إسلامه

والسكران إذا أسلم وكذا اللقيط لأن إسلامه حكمى لاحقيقى ، وقيد فى الخانية وغيرها المكره بالحربى . أما الذمى المستأمن فلا يصح إسلامه انتهى ، لكن حمله المصنف فى كتاب الإكراه على جواب القياس . وفى الاستحسان يصح فليحفظ ، وحينئذ فالمستثنى أربعة عشر .

(شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لايتعرض له) لالتكذيب الشهود العدول بل (لأن إنكاره توبة ورجوع) يعنى فيمتنع القتل فقط . وتثبت بقية أحكام المرتد كحبط عمل وبطلان وقف وبينونة زوجة لو فيما تقبل توبته وإلا قتل كالردة بسبه عليه الصلاة والسلام كما مر أشباه . زاد فى البحر : وقد رأيت من يغلط فى هذا المحل وأقره المصنف ، وحينئذ فالمستثنى أربعة عشر . وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى : ما يكون كفرا اتفاقا يبطل العمل

تبعا لأبويه ولم يصف الإسلام فبلغ كافرا كمامر ، وقوله بيننا أى المسلمين غير قيد لما سيأتى من أن الزوجين لو ارتدا معا فولدت ولدا يجبر بالضرب على الاسلام وإن حبلت به ثمة (قوله والسكران إذا أسلم) يعنى فإن إسلامه يصح ، فإن ارتد لايقتل كالصبى العاقل إذا ارتد بحر عن التاترخانية .

قلت : أى إن ارتد بعد صحوه لايقتل لأن فى إسلامه شبهة (قوله لأن إسلامه حكمى) أى بتبعية الدار كما سيأتى فى بابه (قوله وفى الاستحسان يصح) وهو المعمول به رملى وهو الصواب ط عن بعض العلماء .

قلت : ووجهه أن الحربى إنما يقاتل على الإسلام أصالة فلا يتأتى فيه قياس واستحسان ، بخلاف الذمى فإنه بعد التزام الذمة لا يقاتل عليه ، فالقياس أن لايصح إسلامه بالإكراه : كما لاتصح ردة المسلم به . وفى الاستحسان يصح ، لكن لو ارتد لايقتل وتقدم وجهه (قوله فالمستثنى أربعة عشر) لأن المكره تحته ثلاثة : الحربى والذمى والمستأمن ، وشهادة نصرانيين على نصرانى أو نصرانية صورتان ، والباقى ظاهر (قوله لأن إنكاره توبة ورجوع) ظاهره ولو بدون إقرار بالشهادتين ، وهو ظاهر قول المتون أول الباب ، وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان حيث لم يذكروا الإقرار بالشهادتين . ويحتمل أن يكون المراد الإنكار مع الإقرار بهما ، ويؤيده مافى كافى الحاكم ، وإذا رفعت المرتدة إلى الإمام فقالت ماارتددت وأنا أشهد أن لاإله إلا الله وأن محمدا رسول الله كان هذا توبة منها اه تأمل . ثم رأيت فى البيرى على الأشباه قال : كون مجرد الإنكار توبة غير مراد بل ذلك مقيد بثلاثة قيود. قال فى الذخيرة عن بشر بن الوليد : إذا جحد المرتد الردة وأقر بالتوحيد وبمعرفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبدين الإسلام فهذا منه توبة اه (قوله كحبط عمل) يأتى الكلام عليه (قوله وبطلان وقف) أى الذى وقفه حال إسلامه سواء كان على قربة ابتداء أو على ذريته ثم على المساكين لأنه قربة ولابقاء لها مع وجود الردة ، وإذا عاد مسلما لايعود وقفه إلا بتجديد منه ، وإذا مات أو قتل أو لحق كان الوقف ميراثا بين ورثته بحر عن الخصاف (قوله وبينونة زوجة) وتكون فسخا عندهما . وقال محمد : فرقة بطلاق ولو هى المرتدة فبغير طلاق إجماعا ، ثم إذا تاب وأسلم ترتفع تلك البينونة بيرى عن شرح الطحاوى ، وأقره السيد أبو السعود فى حاشية الأشباه .

قلت : والظاهر أن قوله ترفع أصله لاترتفع فسقطت لفظة لاالنافية من قلم الناسخ وإلا فهو مخالف لفروعهم الكثيرة المقررة فى باب نكاح الكافر وغيره المصرحة بلزوم تجديد النكاح ، ومنها مايأتى قريبا ، وصرح فى البحر عن العناية أن البينونة لاتتوقف على إسلامه كبطلان وقفه فإنه لايعود صحيحا بإسلامه تأمل (قوله لو فيما تقبل توبته) شرط فى قوله السابق فيمتنع القتل ط (قوله كما مر) قدمنا مافيه (قوله وقد رأيت من يغلط فى هذا المحل) أى حيث فهم أن الشهادة لا تقبل أصلا حتى فى بقية الأحكام المذكورة (قوله فالمستثنى أربعة عشر)

والنكاح وأولاده أولاد زنا ، وما فيه خلاف يؤمر بالاستغفار والتوبة وتجديد النكاح (ولا يترك) المرتد (على ردته بإعطاء الجزية ولا بأمان مؤقت ولا بأمان مؤبد ، ولا يجوز استرقاقه بعد اللحاق) بدار الحرب ، بخلاف المرتدة خانية (والكفر) كله (ملة واحدة) خلافا للشافعي .

(فلو تنصر يهودى أو عكسه ترك على حاله) ولم يجبر على العود (ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا ، فإن أسلم عاد ملكه ، وإن مات أو قتل على ردته) أو حكم بلحاقه (ورث كسب إسلامه وارثه المسلم) ولو زوجته بشرط العدة زيلعى

صوابه خمسة عشر لأن هـذا زائد على ما تقدم . والوجه فيه أنه لم يتب حقيقة وإنما تاب حكما بجعل إنكاره توبة فهو داخل فى المسلم الذى ارتد ولم يتب ط (قوله وأولاده أولاد زنا) كذا فى فصول العمادى ، لكن ذكر فى [نور العين] ويجدد بينهما النكاح إن رضيت زوجته بالعود إليه وإلا فلا تجبر ، والمولود بينهما قبل تجديد النكاح بالوطء بعد الردة يثبت نسبه منه لكن يكون زنا اهـ .

قلت : ولعل ثبوت النسب لشبهة الخلاف فإنها عند الشافعى لاتبين منه تأمل (قوله والتوبة) أى تجديد الإسلام (قوله وتجديد النكاح) أى احتياطا كما فى الفصول العمادية . وزاد فيها قسما ثالثا فقال : وما كان خطأ من الألفاظ ولا يوجب الكفر فقائله يقر على حاله ، ولا يؤمر بتجديد النكاح ولكن يؤمر بالاستغفار والرجوع عن ذلك ، وقوله احتياطا أى يأمره المفتى بالتجديد ليكون وطؤه حلالا باتفاق ، وظاهره أنه لا يحكم القاضى بالفرقة بينهما ، وتقدم أن المراد بالاختلاف ولو رواية ضعيفة ولو فى غير المذهب (قوله بخلاف المرتدة) أى فإنها تسترق بعد اللحاق بدار الحرب وتجبر على الإسلام بالضرب والحبس ولا تقتل كما صرح به فى البدائع ، ولا يكون استرقاقها مسقطا عنها الجبر على الإسلام ؛ كما لو ارتدت الأمة ابتداء فإنها تجبر على الإسلام بحر (قوله ويزول ملك المرتد الخ) أى خلافا لهما . وفى البدائع : لاخلاف أنه إذا أسلم فأمواله باقية على ملكه ، وأنه إذا مات أو قتل أو لحق تزول عن ملكه ، وإنما الخلاف فى زوالها بهذه الثلاثة مقصورا على الحال عندهما ومستندا إلى وقت وجود الردة عنده . وتظهر الثمرة فى تصرفاته ، فعندهما نافذة قبل الإسلام ، وعنده موقوفة لوقوف أملاكه اهـ قيد بالملك لأنه لا توقف فى إحباط طاعته وفرقة زوجته وتجديد الإيمان فإن الارتداد فيها عمل عمله كذا فى العناية ، وتقدم أن من عباداته التى بطلت وقفه وأنه لا يعود بإسلامه ، وكذا لاتوقف فى بطلان إيجاره واستئجاره ووصيته وإيصائه وتوكيله ووكالته ، وتمامه فى البحر .

قلت : ويستثنى من فرقة الزوجة مالو ارتدا معا فإنه يبقى النكاح كما صرح به فى العناية . وفى البحر : وأفاد أن الكلام فى الحر ، ولذا قال فى الخانية : وتصرف المكاتب فى ردته نافذ فى قولهم . زاد فى النهر عن السراج وكسبه حال الردة لمولاه (قوله فإن أسلم الخ) جملة مفسرة لما قبلها ط (قوله ورث كسب إسلامه وارثه المسلم) أشار إلى أن المعتبر وجود الوارث عند الموت أو القتل أو الحكم باللحاق ، وهو رواية محمد عن الإمام ، وهو الأصح ، وروى عنه اعتبار وقت الردة ، وروى اعتبارهما معا ، فعلى الأصح لو كان له ولد كافر أو عبد يوم الردة فعتق أو أسلم بعدها قبل أحد الثلاثة ورثه ، وكذا لو ولد من علوق حادث بعدها إذا كان مسلما تبعا لأمه بأن علق من أمة مسلمة وتمامه فى البحر ، لكن قوله أو الحكم باللحاق خلاف الأصح فإن الأصح وهو ظاهر الرواية اعتبار وجود الوارث عند اللحاق ، وروى عند الحكم به كما فى شرح السير الكبير (قوله ولو زوجته) لأنه بالردة كأنه مرض مرض الموت لاختياره سبب المرض بإصراره على الكفر مختارا حتى قتل نهر (قوله بشرط العدة) قال فى النهر : هذا يقتضى أن غير المدخول بها لا ترث لصيرورتها بالردة أجنبية ، وليست الردة موتا

(بعد قضاء دين إسلامه ، وكسب ردته فىء بعد قضاء دين ردته) وقالا : ميراث أيضا ككسب المرتدة (وإن حكم) القاضى (بلحاقه عتق مدبره) من ثلث ماله (وأم ولده) من كل ماله (وحل دينه) وقسم ماله ويؤدى مكاتبه إلى الورثة ، والولاء للمرتد لأنه المعتق بدائع ، وينبغى أن لايصح القضاء به إلا فى ضمن دعوى حق العبد نهر

حقيقيا بدليل أن المدخولة إنما تعتد بعد موته بالحيض لا بالأشهر ، فلا تنتهض سببا للإرث ، والإرث وإن استند إلى الردة لكن يتقرر عند الموت ، هذا حاصل مافى الفتح اهـ (قوله بعد قضاء دين إسلامه الخ) هذا أعنى قضاء دين إسلامه من كسب الإسلام ودين الردة من كسبها رواه زفر عن الإمام . وروى أبو يوسف عنه أنه من كسب الردة إلا أن لايفى فيقضى الباقى من كسب الإسلام . وروى الحسن عنه أنه من كسب الإسلام إلا أن لا يفى فيقتضى الباقى من كسب الردة قال فى البدائع والولوالجية وهو الصحيح ، لأن دين الميت إنما يقضى من ماله وهو كسب إسلامه ، فأما كسب الردة فلجماعة المسلمين فلا يقتضى منه الدين إلا لضرورة فإذا لم يف تحققت نهر ، فما فى المتن تبعا للكنز ضعيف كما فى البحر .

قلت : لكن الحكم عليه بالضعف غير مسلم فإنه جرى عليه أصحاب المتون كالمختار والوقاية والمواهب والملتقى وهى موضوعة لنقل المذهب كما صرحوا به .

[تنبيه] فى القهستانى : هذا إذا كان له كسبان وإلا قضى مما كان بلا خلاف ، وهذا أيضا إذا ثبت الدين بغير الإقرار وإلا ففى كسب الردة (قوله وكسب ردته فىء) أى للمسلمين فيوضع فى بيت المال قهستانى ، والمراد ما اكتسبه قبل اللحاق . أما ما اكتسبه فى دار الحرب فهو لابنه الذى ارتد ولحق معه إذا مات مرتدا لأنه اكتسبه وهو من أهل الحرب وهم يتوارثون فيما بينهم ، فلو لحق معه ابن مسلم ورث كسب إسلامه فقط ، وتمامه فى شرح السير (قوله وقالا ميراث أيضا) لأن زوال ملكه عندهما مقصور على الحال كما مر (قوله ككسب المرتدة) فإنه لورثتها ، ويرثها زوجها المسلم إن ارتدت وهى مريضة لقصدها إبطال حقه ، وإن كانت صحيحة لا يرثها لأنها لاتقتل فلم يتعلق حقه بما لها بالردة ، بخلاف المرتد .

والحاصل أن زوجة المرتد ترث منه مطلقا وزوج المرتدة لايرثها إلا إذا ارتدت وهى مريضة بحر ، وسيأتى أيضا (قوله وإن حكم بلحاقه) كان الأولى للمصنف أن يذكر الحكم باللحاق أولا كما عبر الشارح ويقول وعتق مدبره الخ عطفا على ورث لئلا يوهم اختصاص العتق بالحكم باللحاق وإن كان يفهم منه أن الموت والقتل مثله فإنه تطويل بلا فائدة كما أفاده ح (قوله من ثلث ماله) الظاهر أن المراد به كسب الإسلام ح وبه جزم ط بناء على ما مر من الصحيح (قوله وحل دينه) لأنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات فى حق أحكام الإسلام فصار كالموت إلا أنه لايستقر لحاقه إلا بالقضاء لاحتمال العود . وإذا تكرر موته تثبت الأحكام المتعلقة به كما ذكر نهر (قوله ويؤدى مكاتبه) أى يؤدى بدل كتابته (قوله والولاء للمرتد) أى لورثته ابتداء فيرثه العصبة بنفسه ، بخلاف ماإذا كان للورثة فإنه يدخل فيه الإناث ط (قوله وينبغى الخ) اعلم أن بعضهم لايشترط القضاء باللحاق بل يكتفى بالقضاء بحكم من أحكامه ، وعامتهم على أنه يشترط القضاء به سابقا على القضاء بالأحكام أفاده فى المجتبى ونحوه فى الفتح . وظاهره أن القضاء باللحاق قصدا صحيح ، وينبغى أن لايصح إلا فى ضمن دعوى حق للعبد لأن اللحاق كالموت ، ويوم الموت لايدخل تحت القضاء فينبغى أن لايدخل اللحاق تحت القضاء قصدا بحر .

قال فى النهر : وأقول ليس معنى الحكم بلحاقه سابقا على هذه الأمور أن يقول ابتداء حكمت بلحاقه ، بل إذا ادعى مدبر مثلا على وارثه أنه لحق بدار الحرب مرتدا وأنه عتق بسببه وثبت ذلك عند القاضى حكم أولا بلحاقه ثم بعتق ذلك المدبر كما يعرف ذلك من كلامهم اهـ ونحوه فى شرح المقدسى .

(و) اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام ف(ينفذ منه) اتفاقا ما لايعتمد تمام ولاية، وهى خمس: (الاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده) المأذون (ويبطل منه) اتفاقا ما يعتمد الملة وهى خمس (النكاح، والذبيحة، والصيد، والشهادة، والإرث. ويتوقف منه) اتفاقا مايعتمد المساواة، وهو (المفاوضة) أو ولاية متعدية

والحاصل أن مافى المجتبى من الخلاف معناه أنه لو حكم القاضى بعتق المدبر يكفى عند البعض لثبوت اللحاق ضمنا، وأما عند العامة فلا بد من حكمه أولا باللحاق لأنه السبب، وفى كونه فى حكم الموت خلاف الشافعى فلشبهة الخلاف لابد من الحكم به أولا ثم بالعتق، وليس المراد أنه يحكم باللحاق قبل دعوى المدبر مثلا حتى يرد ماقاله فى البحر، فقول الشارح إلا فى ضمن دعوى حق العبد معناه أن يسبق دعوى حق العبد، فيحكم به أولا ثم بما ادعاه العبد لأنه الذى فى النهر، وليس المراد أنه يكتفى عن الحكم به بالحكم بما ادعاه ليثبت الحكم باللحاق فى ضمن الحكم الأول فافهم (قوله واعلم الخ) بيان لتصرفه حال ردته بعد بيان حكم أملاكه قبل ردته بحر (قوله على أربعة أقسام) نافذ اتفاقا، باطل اتفاقا، موقوف اتفاقا، موقوف عنده نافذ عندهما ط (قوله مالا يعتمد تمام ولاية) قال الزيلعى لأنها لاتستدعى الولاية ولاتعتمد حقيقة الملك حتى صحت هذه التصرفات من العبد مع قصور ولايته اه ط (قوله الاستيلاد) صورته إذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه، ويرث ذلك الولد مع ورثته وتصير الجارية أم ولد له بحر ط (قوله والطلاق) أى مادامت فى العدة لأن الحرمة بالردة غير متأبدة لارتفاعها بالإسلام فيقع طلاقه عليها فى العدة، بخلاف حرمة المحرمية فإنها لاغاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة فتح من باب نكاح الكافر، وقدمنا هناك عن الخانية أن طلاقه إنما يقع قبل لحوقه، فلو لحق بدار الحرب فطلق امرأته لايقع إلا إذا عاد مسلما وهى فى العدة فطلقها.

وأورد أنه كيف يتصور طلاقه وقد بانت بردته. وأجيب بأنه لايلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق، وقدسلف أن المبانة يلحقها الصريح فى العدة بحر أى ولو كان الواقع بذلك الصريح بائنا كالطلاق الثلاث أو على مال وكذا لو قال أنت طالق بائن، وأما قولهم إن البائن لايلحق البائن فذاك إذا أمكن جعله إخبارا عن الأول؛ حتى لو قال أبنتك بأخرى يقع كما تقدم فى الكنايات فافهم (قوله وتسليم الشفعة والحجر) قال فى البحر: ولا يمكن توقف التسليم لأن الشفعة بطلت به مطلقا. وأما الحجر فيصح بحق الملك فبحقيقة الملك الموقوف أولى اه.

قلت: ومفهومه أن له قبل إسلامه الأخذ بالشفعة. والذى فى شرح السير أن ذلك قول محمد. وفى قول أبى حنيفة لاشفعة له حتى يسلم، فلو لم يسلم ولم يطالب بطلت شفعته لتركه الطلب بعد التمكن بأن يسلم (قوله مايعتمد الملة) أى مايكون الاعتماد فى صحته على كون فاعله معتقدا ملة من الملل ط أى والمرتد لا ملة له أصلا لأنه لايقر على ماانتقل إليه، وليس المراد ملة سماوية لئلا يرد النكاح فإن نكاح المجوسى والوثنى صحيح ولا ملة لهما سماوية بل المراد الأعم (قوله النكاح) أى ولو لمرتدة مثله (قوله والذبيحة) الأولى والذبح لأنه من التصرفات (قوله والصيد) أى بالكلب والبازى ومثله الرمى بحر (قوله والشهادة) أى أداؤها لاتحملها ط. وذكر فى الأشباه عن شهادات الولوالجية أنه يبطل مارواه لغيره من الحديث فلا يجوز للسامع منه أن يرويه عنه بعد ردته اه ولكن كلامنا فيما فعله فى ردته وهذا قبلها (قوله الإرث) فلا يرث أحدا ولا يرثه أحد مما اكتسبه فى ردته، بخلاف كسب إسلامه فإنه يرثه ورثته كما مر لاستناده إلى ماقبلها فهو إرث مسلم من مثله والكلام فى إرث المرتد فافهم (قوله مايعتمد المساواة) أى بين المتعاقدين فى الدين (قوله وهو المفاوضة) فإذا فاوض مسلما توقفت اتفاقا، فإن أسلم نفذت، وإن هلك بطلت، وتصير عنانا من الأصل عندهما، وتبطل عنده بحر عن الخانية (قوله أو ولاية متعدية) أى إلى غيره

(و) هو (التصرف على ولده الصغير . و) يتوقف منه عند الإمام وينفذ عندهما كل ما كان مبادلة مال بمال أو عقد تبرع كـ(المبايعة) والصرف والسلم (والعتق والتدبير والكتابة والهبة) والرهن (والإجارة) والصلح عن إقرار ، وقبض الدين لأنه مبادلة حكمية (والوصية) وبقي أمانه وعقله ولاشك فى بطلانهما . وأما إيداعه واستيداعه والتقاطه ولقطته فينبغى عدم جوازها نهر (إن أسلم نفذ ، وإن هلك) بموت أو قتل (أو لحق بدار الحرب وحكم) بلحاقه (بطل) ذلك كله (فإن جاء مسلما قبله) قبل الحكم (فكأنه لم يرتد) وكما لو عاد بعد الموت الحقيقى زيلعى (وإن) جاء مسلما (بعده وماله مع وارثه أخذه) بقضاء أو رضا ،

(قوله ويتوقف منه عند الإمام) بناء على زوال الملك كما سلف نهر (قوله وينفذ عندهما) إلا أنه عند أبى يوسف تصح كما تصح من الصحيح لأن الظاهر عوده إلى الإسلام . وعند محمد كما تصح من المريض لأنها تفضى إلى القتل ظاهرا ط عن البحر (قوله والصرف والسلم) من عطف الخاص لأنهما من عقود المبايعة ط (قوله والهبة) هى من قبيل المبادلة إن كانت بعوض كما فى النهر ، ومن قبيل التبرع إن لم تكن ح (قوله والرهن) لأنه مضمون عند الهلاك بالدين فهو معاوضة مآلا (قوله والصلح عن إقرار) أى فيكون مبادلة . وأما إذا كان عن إنكار أو سكوت فالمذكور فى كتاب الصلح أنه معاوضة فى حق المدعى ، وفداء يمين وقطع نزاع فى حق الآخر : ومقتضاه أنه إن كان المرتد مدعيا فهو داخل فى عقود المبادلة ، وإن كان المدعى عليه يدخل فى عقد التبرع أفاده ط ، لكن فى كونه تبرعا نظر لأنه لم يدفع المال مجانا بل مفاداة ليمينه ، فهو خارج عن مبادلة المال بالمال وعن عقد التبرع تأمل (قوله لأنه مبادلة حكمية) وجهه ماقالوا إن الدين يقضى بمثله وتقع المقاصة ، فقابض الدين أخذ بدل ماتحقق فى ذمة المدين ط (قوله والوصية) أى التى فى حال ردته ، أما التى فى حال إسلامه فالمذكور فى ظاهر الرواية من المبسوط وغيره أنها تبطل قربة كانت أو غير قربة من غير ذكر خلاف ، وتمامه فى الشرنبلالية عن الفتح (قوله وبقى الخ) لما فرغ من ذكر المنقول فى الأقسام الأربعة ذكر أشياء لم يصرحوا بها فافهم (قوله ولا شك فى بطلانهما) أما الأمان فلأنه لايصح من الذمى فمن المرتد أولى : وأما العقل فلأن المرتد لاينصر ولا ينصر والعقل بالنصرة ح (قوله فينبغى عدم جوازها) عبارة النهر : فلا ينبغى التردد فى جوازها منه اهـ فلفظة عدم من سبق القلم (قوله بطل ذلك كله) الإشارة ترجع إلى المتوقف اتفاقا والمتوقف عند الإمام ط (قوله فكأنه لم يرتد) فلا يعتق مدبره وأم ولده ، ولاتحل ديونه ، وله إبطال ماتصرف فيه الوارث لكونه فضوليا بحر ، وما مع وارثه يعود لملكه بلا قضاء ولا رضا من الوارث در منتقى .

قلت : وكذا يبطل ماتصرف فيه بنفسه بعد اللحاق قبل الحكم به ، كما لو أعتق عبده الذى فى دار الإسلام أو باعه من مسلم فى دار الحرب ثم رجع تائبا قبل الحكم بلحاقه فماله مردود عليه وجميع ماصنع فيه باطل ، لأنه باللحاق زال ملكه ، وإنما توقف على القضاء دخوله فى ملك وارثه ، فتصرفه بعد اللحاق صادف مالا غير مملوك له فلا ينفذ ، وإن عاد إلى ملكه بعد كالبائع بشرط خيار المشترى إذا تصرف فى المبيع لا ينفذ وإن عاد إلى ملكه بفسخ المشترى ، نعم لو أقر بحرية العبد أو بأنه لفلان صح لأنه ليس بإنشاء التصرف بل هو إقرار لازم ، كما لو أقر بعبد الغير ثم ملكه اهـ ملخصا من شرح السير الكبير (قوله وكما لو عاد بعد الموت الحقيقى) أى لو أحيا الله تعالى ميتا حقيقة وأعاده إلى دار الدنيا كان له أخذ مافى يد ورثته بحر إلا أنه ذكره بعد عود من حكم بلحاقه وكذا ذكره الزيلعى فكان على الشارح ذكره بعد قوله وإن جاء بعده كما أفاده ح (قوله بقضاء أو رضا) لأن بقضاء القاضى بلحاقه صار المال ملكا لورثته فلا يعود إلا بالقضاء ، ألا ترى أن الوارث لو أعتق العبد بعد رجوع المرتد قبل

ولو فى بيت المال لا ، لأنه فئ' نهر (وإن هلك) ماله (أو أزاله) الوارث (عن ملكه لا) يأخذه ولو قائما لصحة القضاء ، وله ولاء مدبره وأم ولده ومكاتبه له إن لم يؤد ، وإن عجزعاد رقيقا لهبدائع (ويقضى ماترك من عبادة فى الإسلام) لأن ترك الصلاة والصيام معصية والمعصية تبقى بعد الردة (وما أدى منها فيه يبطل ، ولا يقضى)

القضاء برد المال عليه نفذ عتقه ولم يضمن للمرتد شيئا ، كما لو أعتقه قبل رجوع المرتد ، وبهذا يستدل على أنه لاينفذ عتق المرتد لأن العتق يستدعى حقيقة الملك شرح السير ، ونقله فى البحر عن التاترخانية ، وبه جزم الزيلعى (قوله ولو فى بيت المال لا) قال فى النهر : وفى قوله وإرثه إيماء إلى أنه لا حق له فيما وجده من كسب ردته ، لأن أخذه ليس بطريق الخلافة عنه بل لأنه فىء ، ألا ترى أن الحربى لايسترد ماله بعد إسلامه ، وهذا وإن لم نره مسطورا إلا أن القواعد تؤيده اهـ وأصل البحث لصاحب البحر . وظاهره أن ماوضع فى بيت المال لعدم الوارث له أخذه ، ففى كلام الشارح إيهام كما أفاده السيد أبو السعود (قوله أو أزاله الوارث عن ملكه) سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع أو هبة ، أو لايقبله كعتق أو تدبير واستيلاد فإنه يمضى ولا عود له فيه ولا يضمنه اهـ فتح (قوله وله ولاء مدبره وأم ولده) أفاد أنهم لايعودون فى الرق لأن القضاء بعتقهم قد صح والعتق بعد نفاذه لايقبل البطلان فتح (قوله ومكاتبه له) مبتدأ وخبر (قوله إن لم يؤد) أى إلى الورثة بدل الكتابة فيأخذها من المكاتب . وأما إن أداه إليهم فلا سبيل له عليه لأنه عتق بأداء المال والعتق لايحتمل الفسخ ، ويأخذ منهم المال لو قائما وإلا لاضمان عليهم كسائر أمواله بحر .

مطلب المعصية تبقى بعد الردة

(قوله والمعصية تبقى بعد الردة) نقل ذلك مع التعليل قبله فى الخانية عن شمس الأئمة الحلوانى . قال القهستانى : وذكر التمرتاشى أنه يسقط عند العامة ماوقع حال الردة وقبلها من المعاصى ، ولا يسقط عند كثير من المحققين اهـ وتمامه فيه .

قلت : والمراد أنه يسقط عند العامة بالتوبة والعود إلى الإسلام للحديث « الإسلام يجب ماقبله » وأما فى حال الردة فيبقى مافعله فيها أو قبلها إذا مات على ردته لأنه بالردة ازداد فوقه ماهو أعظم منه فكيف تصلح ماحية له بل الظاهر عود معاصيه التى تاب منها أيضا لأن التوبة طاعة وقد حبطت طاعاته ، ويدل له مافى التاترخانية عن السراجية : من ارتد ثم أسلم ثم كفر ومات فإنه يؤاخذ بعقوبة الكفر الأول والثانى وهو قول الفقيه أبى الليث اهـ ثم لايخفى أن هذا الحديث يؤيد قول العامة : ولا ينافيه وجوب قضاء ماتركه من صلاة أو صيام ومطالبته بحقوق العباد لأن قضاء ذلك كله ثابت فى ذمته ، وليس هو نفس المعصية وإنما المعصية إخراج العبادة عن وقتها وجنايته على العبد فإذا سقطت هذه المعصية لايلزم سقوط الحق الثابت فى ذمته ، كما أجاب بعض المحققين بذلك عن القول بتكفير الحج المبرور الكبائر ، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله وما أدى منها فيه يبطل) فى التتارخانية معزيا إلى التتمة قيل له لو تاب تعود حسناته ؟ قال : هذه المسألة مختلفة فعند أبى على وأبى هاشم وأصحابنا أنه يعود . وعند أبى القاسم الكعبى لا ، ونحن نقول إنه لايعود مابطل من ثوابه لكنه تعود طاعاته المتقدمة مؤثرة فى الثواب بعد اهـ بحر .

مطلب لو تاب المرتد هل تعود حسناته

وفى شرح المقاصد للمحقق التفتازانى فى بحث التوبة : ثم اختلفت المعتزلة فى أنه إذا سقط استحقاق عقاب المعصية بالتوبة هل يعود استحقاق ثواب الطاعة الذى أبطلته تلك المعصية؟ فقال أبو على وأبو هاشم : لا لأن الطاعة

من العبادات (إلا الحج) لأنه بالردة صار كالكافر الأصلى ، فإذا أسلم وهو غنى فعليه الحج فقط .

(مسلم أصاب مالا أو شيئا يجب به القصاص أو حد السرقة) يعنى المال المسروق لاالحد خانية ، وأصله أنه يؤاخذ بحق العبد ، وأما غيره ففيه التفصيل (أو الدية ثم ارتد أو أصابه وهو مرتد فى دار الإسلام ثم لحق) وحاربنا زمانا (ثم جاء مسلما يؤاخذ به كله ، ولو أصابه بعد ما لحق مرتداً فأسلم لا) يؤاخذ بشىء من ذلك ، لأن الحربى لايؤاخذ بعد الإسلام بما كان أصابه حال كونه محاربا لنا :

(أخبرت بارتداد زوجها فلها التزوج بآخر بعد العدة) استحسانا (كما فى الإخبار) من ثقة

تنعدم فى الحال وإنما يبقى استحقاق الثواب وقد سقط والساقط لايعود . وقال الكعبى : نعم ، لأن الكبيرة لاتزيل الطاعة وإنما تمنع حكمها وهو المدح والتعظيم فلا تزيل ثمرتها فإذا صارت بالتوبة كأن لم تكن ظهرت ثمرة الطاعة كنور الشمس إذا زال الغيم . وقال بعضهم : وهو اختيار المتأخرين لايعود ثوابه السابق لكن تعود طاعته السالفة مؤثرة فى استحقاق ثمراته وهو المدح ، والثواب فى المستقبل بمنزلة شجرة احترقت بالنار أغصانها وثمارها ثم انطفأت النار فإنه يعود أصل الشجرة وعروقها إلى خضرتها وثمرتها اهـ وهذا يفيد أن الخلاف بين أبى على وأبى هاشم وبين الكعبى على عكس ما مر وأن الخلاف فى إحباط الكبائر للطاعات لأن هؤلاء الجماعة من المعتزلة . وعندهم أن الكبيرة تخرج صاحبها من الإيمان لكنها لاتدخله فى الكفر وإن كان يخلد فى النار ، ويلزم من إخراجه من الإيمان حبط طاعاته ، فالكبيرة عندهم من هذه الجهة بمنزلة الردة عندنا فيصح نقل الخلاف المذكور إلى الردة تأمل (قوله إلا الحج) لأن سببه البيت المكرم وهو باق ، بخلاف غيره من العبادات التى أداها لخروج سببها : ولهذا قالوا : إذا صلى الظهر مثلا ثم ارتد ثم تاب فى الوقت يعيد الظهر لبقاء السبب وهو الوقت ، ولذا اعترض اقتصاره على ذكر الحج وتسميته قضاء ، بل هو إعادة لعدم خروج السبب (قوله لأنه بالردة الخ) علة لقوله ولا يقضى ولقوله إلا الحج ط (قوله أصاب مالا) أى أخذ ، وقوله أو شيئا أى فعل شيئا الخ ط (قوله يعنى المال المسروق لا الحد) الأولى ذكره عند قول المصنف يؤاخذ به ، وليس ذلك فى عبارة الخانية ولا هو محل إيهام لأن قوله أو حد مرفوع عطفا على فاعل يجب لامنصوب عطفا على مفعول أصاب حتى يحتاج للتأويل (قوله وأصله) أى القاعدة فيما ذكر ط (قوله أنه يؤاخذ بحق العبد) أى لايسقط عنه بالردة إلا إذا كان ممن لايقتل بها كالمرأة ونحوها إذا لحقت بدار الحرب فسبيت فصارت أمة يسقط عنها جميع حقوق العباد إلا القصاص فى النفس فإنه لايسقط بيرى عن شرح الطحاوى (قوله ففيه التفصيل) وهو أنه يقضى ما ترك من عبادة فى الإسلام كما مر .

وأما الحدود . ففى شرح السير : لو أصاب المسلم مالا أو ما يجب به القصاص أو حد القذف ثم ارتد أو أصابه وهو مرتد ثم لحق ثم تاب فهو مأخوذ به لا لو أصابه بعد اللحاق ثم أسلم . وما أصابه المسلم من حدود الله تعالى فى زنا أو سرقة أو قطع طريق ثم ارتد أو أصابه بعد الردة ثم لحق ثم أسلم فهو موضوع عنه إلا أنه يضمن المال المسروق ، والدم فى قطع الطريق بالقصاص أو الدية لو خطأ على العاقلة لو قبل الردة ، وفى ماله لو بعدها . وما أصابه من حد الشرب ثم ارتد ثم أسلم قبل اللحاق لايؤخذ به ، وكذا لو أصابه وهو مرتد محبوس فى يد الإمام ثم أسلم ، لأن الحدود زواجر عن أسبابها فلا بد من اعتقاد المرتكب حرمة السبب ، ويؤخذ بما سواه من حدوده تعالى لاعتقاده حرمة السبب وتمكن الإمام من إقامته لكونه فى يده ، فإن لم يكن فى يده حين أصابه ثم أسلم قبل اللحاق لايؤخذ به أيضا اهـ ملخصا (قوله أو الدية) أى على عاقلته إن أصاب ذلك قبل الردة ، وفى ماله إن أصابه بعدها كما مر (قوله وحاربنا زمانا) تأكيد لقوله ثم لحق وكذا بدون ذلك بالأولى (قوله أخبرت بارتداد زوجها) أى من

(بموته أو تطليقه) ثلاثا ، وكذا لو لم يكن ثقة فأتاها بكتاب طلاقها وأكبر رأيها أنه حق لابأس بأن تعتد وتتزوج مبسوط .

(والمرتدة) ولو صغيرة أو خنثى بحر (تحبس) أبدا ، ولا تجالس ولا تؤاكل حقائق (حتى تسلم ولا تقتل) خلافا للشافعى (وإن قتلها أحد لايضمن) شيئا ولو أمة فى الأصح ،وتحبس عند مولاها لخدمته سوىالوطء سواء طلب ذلك أم لا فى الأصح ويتولى ضربها جمعا بين الحقين .

وليس للمرتدة التزوج بغير زوجها به يفتى . وعن الإمام تسترق ولو فى دار الإسلام . ولو أفتى به حسما لقصدها السيء لابأس به ،وتكون قنةللزوج بالاستيلاء مجتبى . وفى الفتح أنها فىء للمسلمين ، فيشتريها من الإمام أو يهبها له لو مصرفا

رجلين أو رجل وامرأتين على رواية السير . وعلى رواية كتاب الاستحسان : يكفى خبر الواحد العدل لأن حل التزوج وحرمته أمر دينى ، كما لو أخبر بموته . والفرق على الرواية الأولى أن ردة الرجل يتعلق بها استحقاق القتل كما فى شرح السير الكبير للسرخسى . ونقل المصنف عنه أن الأصح رواية الاستحسان ، ومثله فى الشرنبلالية معللا بأن المقصود الإخبار بوقوع الفرقة لا إثبات الردة (قوله أو تطليقه ثلاثا) ينبغى أن يكون البائن مثله،وظاهره أنها فى الرجعى لايجوز لها التزوج ولعله لاحتمال المراجعة وليحرر ط (قوله فأتاها بكتاب) ظاهره أن غير الثقة لو لم يأتها بكتاب لايحل لها وإن كان أكبر رأيها صدقه تأمل (قوله لابأس بأن تعتد) أى من حين الطلاق أوالموت لامن حين الإخبار فيما يظهر تأمل . ثم لايخفى أنه إذا ظهرت حياته أو أنكر الطلاق أو الردة ولم تقم عليه بينة شرعية ينفسخ النكاح الثانى وتعود إليه (قوله تحبس) لم يذكر ضربها فى ظاهر الرواية . وعن الإمام أنها تضرب فى كل يوم ثلاثة أسواط . وعن الحسن تسعة وثلاثين إلى أن تموت أو تسلم ، وهذا قتل معنى لأن موالاة الضرب تفضى إليه كذا فى الفتح . واختار بعضهم أنها تضرب خمسة وسبعين سوطا ، وهذا ميل إلى قول الثانى فى نهاية التعزير . وقال فى الحاوى القدسى : وهو المأخوذ به فى كل تعزير بالضرب نهر وجزم الزيلعى بأنها تضرب فى كل ثلاثة أيام . وظاهر الفتح تضعيف مامر ، والظاهر اختصاص الضرب والحبس بغير الصغيرة تأمل ، وسنذكر مايؤيده (قولهولا تقتل) يستثنى الساحرة كما تقدم ،وكذا من أعلنت بشتم النبى صلى الله عليه وسلم كما مر فى الجزية (قوله خلافا للشافعى) أى وباقى الأئمة ، والأدلة مذكورة فى الفتح (قوله لايضمن شيئا) لكنه يؤدب على ذلك لارتكابه مالا يحل بحر (قوله وليس للمرتدة التزوج بغير زوجها) فى كافى الحاكم : وإن لحقت بدار الحرب كان لزوجها أن يتزوج أختها قبل أن تنقضى عدتها ، فإن سبيت أو عادت مسلمة لم يضر ذلك نكاح الأخت وكانت فيئا إن سبيت وتجبر على الإسلام ،وإن عادت مسلمة كان لها أن تتزوج من ساعتها اه وظاهره أن لها التزوج بمن شاءت ، لكن قال فى الفتح : وقد أفتى الدبوسى والصفار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها، وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديدالنكاح مع الزوج ويضرب خمسة وسبعين سوطا، واختاره قاضيخان للفتوى اه (قوله وعن الإمام) أى فى رواية النوادر كما فى الفتح (قوله ولو أفتى به الخ) فى الفتح : قيل ولو أفتى بهذه لابأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيء بالردة من إثبات الفرقة (قوله وتكون قنة للزوج بالاستيلاء) قال فى الفتح : قيل وفى البلاد التى استولى عليها التتر وأجروا أحكامهم فيها ونفوا المسلمين كما وقع فى خوارزم وغيرها إذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لأنها صارت دار حرب فى الظاهر من غير حاجة إلى أن يشتريها من الإمام اه (قوله وفى الفتح الخ) هذا ذكره فى الفتح قبل الذى نقلناه عنه آنفا .

(وصح تصرفها) لأنها لاتقتل (وأكسابها) مطلقا (لورثتها) ويرثها زوجها المسلم لومريضة وماتت في العدة كما مر في طلاق المريض .

قلت : وفي الزواهر أنه لايرثها لو صحيحة لأنها لاتقتل فلم تكن فارة فتأمل .

(ولدت أمته ولداً فادعاه فهو ابنه حراً يرثه في) أمته (المسلمة مطلقا) ولدته لأقل من نصف حول أوأكثر لإسلامه تبعا لأمه ، والمسلم يرث المرتد (إن مات المرتد) أو لحق بدارهم ، وكذا في (أمته النصرانية) أي الكتابية (إلا إذا جاءت به لأكثر من نصف حول منذ ارتد) وكذا لنصفه لعلوقه من ماء المرتدفيتبعه لقربه للإسلام بالجبر عليه ، والمرتد لايرث المرتد (وإن لحق بماله) أي مع ماله (وظهر عليه فهو) أي ماله (فيء) لانفسه ، لأن المرتد لايسترق (فإن رجع) أي بعد مالحق بلا مال سواء قضى بلحاقه أولا في ظاهر الرواية وهو الوجه فتح (فلحق) ثانيا (بماله وظهر عليه فهو لوارثه) لأنه باللحاق انتقل لوارثه فكان مالكا قديما ،

وحاصله أنها إذا ارتدت في دار الإسلام صارت فيئا للمسلمين فتسترق على رواية النوادر بأن يشتريها من الإمام أو يهبها له . أما لو ارتدت فيما استولى عليه الكفار وصار دار حرب فله أن يستولى عليها بنفسه بلا شراء ولا هبة كمن دخل دار الحرب متلصصا وسبى منهم ، وهذا ليس مبنيا على رواية النوادر لأن الاسترقاق وقع في دار الحرب لا في دار الإسلام (قوله وصح تصرفها) أي لاتتوقف تصرفاتها من مبايعة ونحوها بخلاف المرتد ، نعم يبطل منها مايبطل من تصرفاته المارة (قوله لأنها لاتقتل) فلم تكن ردتها سببا لزوال ملكها فجاز تصرفها في مالها بالإجماع بحر عن البدائع . قال المقدسي : فلو كانت ممن يجب قتلها كالساحرة والزنديقة ينبغي أن تلحق بالمرتد (قوله وأكسابها مطلقا لورثتها) أي سواء كانت كسب إسلام أو كسب رده . قال في النهر تبعا للبحر : وينبغي أن يلحق بها من لايقتل إذا ارتد لشبهة في إسلامه كما مر (قوله لو مريضة) لأنها تكون فارة كما قدمناه (قوله لو صحيحة) أي لو ارتدت حال كونها صحيحة (قوله فلم تكن فارة) لأنها إذا كانت لاتقتل لم تكن ردتها في حكم مرض الموت فلم تكن فارة فلا يرثها لأنها بانت منه وقد ماتت كافرة ، بخلاف ردته لأنها في حكم مرض الموت مطلقا فترثه مطلقا (قوله فتأمل) ماذكره في الزواهر مفهوم مما قبله ، وقدمنا التصريح به عن البحر ، وتقدم متنا في باب طلاق المريض أيضا فلم يظهر وجه الأمر بالتأمل ، نعم يوجد في بعض النسخ قبل قوله قلت مانصه : ويرثها زوجها المسلم استحسانا إن ماتت في العدة وترث المرتدة زوجها المرتد اتفاقا خانية .

قلت : وفي الزواهر الخ ، وعليه فالأمر بالتأمل وارد على إطلاق قول الخانية ويرثها زوجها المسلم ، والله سبحانه أعلم (قوله ولدته لأقل من نصف حول) أي من وقت الإرتداد ط (قوله أي الكتابية) فسره به ليعم اليهودية ط (قوله إلا إذا جاءت به لأكثر الخ) استثناء من قوله يرثه ، أما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر كان العلوق في حالة الإسلام فيكون مسلما يرث المرتد درر (قوله بالجبر عليه) أي على الإسلام ، فالظاهر من حاله أن يسلم درر : أي بخلاف ما إذا اتبع أمه الكتابية لأنها لا تجبر عليه (قوله وظهر عليه) بالبناء للمجهول : أي غلب وقهر (قوله فيء) أي غنيمة يوضع في بيت المال لالورثته بحر (قوله لأن المرتد لايسترق) بل يقتل إن لم يسلم . ولايشكل كون ماله فيئا دون نفسه لأن مشركي العرب كذلك بحر (قوله بلا مال) متعلق بلحق .

بقي ما إذا لحق ببعض ماله ثم رجع ولحق بالباقي ، ومقتضى النظر أن مالحق به أولا فيء ، وما لحق به ثانيا لورثته اهـ ح (قوله في ظاهر الرواية) لأن عوده وأخذه ولحاقه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويؤكده ، فيتقرر موته ، وما احتيج للقضاء باللحاق لصيرورته ميراثا إلا ليترجح عدم عوده فتقرر إقامته ثمة فيتقرر موته ، فكان

وحكمه مامر أنه له (قبل قسمته بلا شيء وبعدها بقيمته) إن شاء ، ولا يأخذه لو مثليا لعدم الفائدة (وإن قضى يعبد) شخص (مرتدلحق) بدارهم (لابنه فكاتبه) الإبن (فجاء) المرتد (مسلما فبدلها) والولاء كلاهما (للأب) الذى عاد مسلما لجعل الإبن كالوكيل؛

(مرتد قتل رجلا خطأ فلحق أو قتل فديته فى كسب الإسلام) إن كان وإلا ففى كسب الردة بحر عن الخانية ، وكذا لو أقر بغصب . أما لو كان الغصب بالمعاينة أو بالبينة فإنه في الكسبين اتفاقا ظهيرية . واعلم أن جناية العبد والأمة والمكاتب والمدبر كجنايتهم فى غير الردة (قطعت يده عمدا فارتد والعياذ بالله ومات منه أو لحق) فحكم به (فجاء مسلما فمات منه ضمن القاطع نصف الدية فى ماله لوارثه) فى المسألتين ، لأن السراية حلت محلا غير معصوم فأهدرت ،

رجوعه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضاء . وفى بعض روايات السير جعله فيئا ، لأن بمجرد اللحاق لايصير المال ملكا للورثة ، والوجه ظاهر الرواية ، كذا فى الفتح تبعا للنهاية والعناية وفخر الإسلام من أن ظاهر الرواية الإطلاق ، واعتمده فى الكافى ، وبه سقط إشكال الزيلعى على النهاية أفاده فى البحر (قوله وحكمه) أى حكم المالك القديم إذا وجد ملكه فى الغنيمة مامر في الجهاد من التفصيل المذكور (قوله لعدم الفائدة) أى فى أخذه ودفع مثله (قوله لحق بدارهم) أى بدار أهل الحرب (قوله فجاء المرتد مسلما) يعنى قبل أداء البدل للإبن ، إذ لو كان بعده يكون الولاء للإبن ، وقيد بالكتابة لأن الابن إذا دبره ثم جاء الأب مسلما فإن الولاء للابن دون الأب كما فى البحر عن التاترخانية ، وكأن الفرق أن الكتابة تقبل الفسخ بالتعجيز فلم تكن فى معنى العتق من كل وجه ، بخلاف التدبير نهر (قوله كلاهما للأب) قال في البحر : أشار به إلى أنه لايملك فسخ الكتابة لصدورها عن ولاية شرعية ، وقد صرح به الزيلعى ، وقدمنا عن الخانية أنه يملك إبطال كتابة الوارث قبل أداء جميع البدل ؛ إلا أن يقال إن مرادهم أنه لايملك فسخها بمجرد مجيئه من غير أن يفسخها ، أما إذا فسخها انفسخت إلا أن جعلهم الوارث كالوكيل من جهته يأباه اهـ .

(قوله فلحق) أما لو قتل بعد اللحاق ثم جاء تائبا فلا شيء عليه ، وكذا لو غصب أو قذف لصيرورته فى حكم أهل الحرب بحر (قوله فديته فى كسب الإسلام) هذا بناء على رواية الحسن المصححة كما قدمناه من أن دين المرتد يقضى من كسب إسلامه ، إلا أن لا يفى فمن كسب ردته كما يظهر من عبارة البحر ، وهذا خلاف مامشى عليه المصنف كغيره فى الدين (قوله عن الخانية) صوابه عن التاترخانية : وفيه رد على قول الفتح : لو لم يكن له إلا كسب ردة فقط فجنايته هدر عنده خلافا لهما . قال فى البحر : والظاهر أنه سهو ثم قال : وإن كان له الكسبان قالا يستوفى منهما . وقال الإمام من كسب الإسلام أولا ، فإن فضل شىء استوفى من كسب الردة (قوله وكذا) ظاهره أن الإشارة إلى ماقبله من وجوبه فى كسب الإسلام إن كان الخ وهو صريح عبارة النهر عن الفوائد الظهيرية لكن فى الشرنبلالية عن فوائد الظهيرية : وإن ثبت ذلك بإقراره فعندهما يستوفى من الكسبين جميعا ، وعنده من كسب الردة لأن الإقرار تصرف منه فيصح فى ماله وكسب الردة ماله عنده اهـ ومثله فى البحر عن التاترخانية (قوله كجنايتهم فى غير الردة) فيخير السيد بين الدفع والفداء ، والمكاتب موجب جنايته فى كسبه ، وأما الجناية عليهم فهدر أفاده فى البحر . وأما جناية المدبر فستأتى فى الجنايات ط (قوله فارتد) أفاد أن الردة بعد القطع ، فلو قبله لايضمن قاطعه ، إذ لو قتله لايضمن كما مر (قوله والعياذ بالله) مبتدأ وخبر أو بالنصب مفعول مطلق : أى نعوذ العياذ بالله تعالى (قوله ومات منه) أى من القطع : أى مات مرتدا ، فلو مسلما فيأتى (قوله نصف الدية) أى ضمن دية اليد فقط وذلك نصف دية النفس ، ولايضمن بالسراية إلى النفس شيئا (قوله لوارثه) إنما كانت له لأنها بمنزلة كسب الإسلام ط (قوله لأن السراية الخ) تعليل للمسألة الأولى . وعلل الثانية فى الهداية بأنه صار ميتا

قيد بالعمد لأنه فى الخطإ على العاقلة (و) قيدنا بالحكم بلحاقه لأنه (إن) عاد قبله أو (أسلم ههنا) ولم يلحق (فمات منه) بالسراية (ضمن) الدية (كلها) لكونه معصوما وقت السراية أيضا ، ارتد القاطع فقتل أو مات ثم سرى إلى النفس فهدر لو عمد الفوات محل القود ، ولو خطأ فالدية على العاقلة فى ثلاث سنين من يوم القضاء عليهم خانية : ولا عاقلة لمرتد :

(ولو ارتد مكاتب ولحق) واكتسب مالا (وأخذ بماله و) لم يسلم فقتل (فبدل مكاتبته لمولاه ، وما بقى) من ماله (لوارثه) لأن الردة لاتؤثر فى الكتابة :

(زوجان ارتدا ولحقا فولدت) المرتدة (ولدا وولد له) أى لذلك المولود (ولد فظهر عليهم) جميعا (فالولدان فئ) كأصلهما (و) الولد (الأول يجبر) بالضرب (على الإسلام) وإن حبلت به ثمة لتبعيته لأبويه (لا الثانى)

تقديرا والموت يقطع السراية ، وإسلامه حياة حادثة فى التقدير فلايعود حكم الجناية الأولى اه وإنما سقط القصاص لاعتراض الردة (قوله لأنه فى الخطإ على العاقلة) الضمير يرجع إلى ماذكر من ضمان نصف الدية ، وفيه أن العاقلة لاتعقل الأطراف فليتأمل ط .

أقول : لم نر من قال ذلك وإنما المصرح به أن العاقلة لا تعقل مادون نصف عشر الدية والواجب هنا نصف الدية فتتحمله العاقلة بلا شبهة (قوله كلها) هذا عندهما ، وعند محمد النصف بحر (قوله ارتد القاطع) لما بين حكم المقطوع المرتد أراد بيان حكم القاطع المرتد ط (قوله لفوات محل القود) مقتضاه عدم الفرق فى القاطع بين أن يرتد أولا ط :

قلت : وقد صرحوا فى الجنايات بأن موت القاتل قبل المقتول مسقط للقود (قوله فالدية على العاقلة) لأنه حين القطع كان مسلما وتبين أن الجناية قتل بحر (قوله ولا عاقلة لمرتد) اعترض بأنه لا محل له هنا ، بل محله عند قوله مرتد قتل رجلا خطأ .

قلت : أشار بذكره هنا إشارة خفية كما هو عادته شكر الله تعالى سعيه إلى فائدة التقييد بكون الردة بعد القطع فى قوله ارتد القاطع ، وهى ما لو كان القطع فى حال الردة فإنه لاشىء على العاقلة فإنه لاعاقلة للمرتد ، فاستغنى بالتعليل عن التصريح بالمعلل لانفهامه مما قبله ، ولا تنس قوله فى خطبة الكتاب فربما خالفت فى حكم أو دليل ، فحسبه من لا اطلاع له ولا فهم عدولا عن السبيل الخ فافهم (قوله وأخذ بماله) أى أسر مع ماله الذى اكتسبه فى زمن ردته نهر (قوله فبدل مكاتبته لمولاه الخ) أما على أصلهما فظاهر ، لأن كسب الردة ملكه إذا كان حرا فكذا إذا كان مكاتبا ، وأما عنده فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أكسابه بحر (قوله ولحقا فولدت) وكذا إذا ولدت قبل الردة ثم لحقا به أو أحدهما إلى دار الحرب فإنه خرج عن الإسلام لأنه كان بالتبعية لهما أو للدار ، وقد انعدم الكل فيكون الولد فيئا ، ويجبر على الإسلام إذا بلغ كالأم ، فإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة فى دار الإسلام لم يكن الولد فيئا لأنه بقى مسلما تبعا لأمه بحر (قوله فالولدان فىء كأصلهما) هذا ظاهر فى الولد ، فإن أمه تسترق والولد يتبع أمه فى الحرية والرق : أما ولد الولد فلا يتبعها لأنه لايتبع الجد كما يأتى وهذه جدة فى حكم الجد ، ولا أباه لأن أباه تبع والتبع لايستتبع غيره كما يأتى : وأجيب بأنه تبع لأمه الحربية ، وفيه أنه قد تكون أمه ذمية مستأمنة ، فالمناسب كون العلة فى كونه فيئا أن حكمه حكم الحربى كما يأتى فافهم (قوله والولد الأول يجبر بالضرب) أى والحبس نهر أى بخلاف أبويه فإنهما يجبران بالقتل (قوله وإن حبلت به ثمة) أشار إلى أنها لوحبلت به فى دار الإسلام يجبر بالأولى : وبه يظهر أن تقييد الهداية بالحبل فى دار الحرب غير احترازى ، أفاده فى البحر (قوله لتبعيته لأبويه) أى فى الإسلام والردة وهما يجبران ، فكذا هو

لعدم تبعية الجد على الظاهر فحكمه كحربي (و) قيد بردتهما ، لأنه (لو مات مسلم عن امرأة حامل فارتدت ولحقت فولدت هناك ثم ظهر عليهم) أي على أهل تلك الدار (فإنه لايسترق ويرث أباه) لأنه مسلم (ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته في دار الإسلام فهو مسلم) تبعا لأبيه (مرقوق) تبعا لأمه (فلا يرث أباه) لرقه بدائع

(وإذا ارتد صبي عاقل صح) خلافا للثاني ، ولا خلاف في تخليده في النار لعدم العفو عن الكفر تلويح (كإسلامه) فإنه يصح اتفاقا (فلا يرث أبويه الكافرين) تفريع على الثاني (ويجبر عليه) بالضرب تفريع على الأول (والعاقل المميز) وهو ابن سبع فأكثر مجتبى وسراجية (وقيل الذي يعقل أن الإسلام سبب النجاة ويميز الخبيث من الطيب والحلو من المر) قائله الطرسوسي في أنفع الوسائل قائلا ولم أر من قدّره بالسن .

وإن اختلفت كيفية الجبر ط (قوله لعدم تبعية الجد) ولعدم تبعيته لأبيه لأن ردة أبيه كانت تبعا والتبع لايستتبع خصوصا ، وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس ، لأنه لم يرتد حقيقة ولذا يجبر بالحبس لا بالقتل ، بخلاف أبيه بحر (قوله على الظاهر) أي ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عنه أنه يتبع الجد . وجه الأول أنه لو تبع الجد لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء عليهما السلام ولم يوجد في ذريتهما كافر غير مرتد ، وتمامه في الزيلعي . والمسائل التي يخالف فيها الجد الأب ثلاثة عشر ستأتي في الفرائض ، وذكر في البحر منها هنا إحدى عشرة ذكرها المحشي (قوله فحكمه كحربي) في أنه يسترق وتوضع عليه الجزية أو يقتل . وأما الجد فيقتل لامحالة لأنه المرتد بالأصالة أو يسلم بحر عن الفتح (قوله لأنه مسلم) أي تبعا لأبيه ، ولا يتبع أمه في الرق لعدم تحقق الملك عليها وقت ولادته ، بخلاف ما إذا ولدته بعد السبي ط .

مطلب في ردة الصبي وإسلامه

(قوله وإذا ارتد صبي عاقل صح) سواء كان إسلامه بنفسه أو تبعا لأبويه ثم ارتد قبل البلوغ ، فتحرم عليه امرأته ولا يبقى وارثا قهستاني ، ولكن لايقتل كما مر لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهلها في الدنيا ، ولكن لو قتله إنسان لم يغرم شيئا كالمرأة إذا ارتدت لاتقتل ولا يغرم قاتلها كما في الفتح عن المبسوط (قوله خلافا للثاني) فلا تصح عنده لأنه ضرر محض . وفي التتارخانية عن الملتقى أن الإمام رجع إليه ، ومثله في الفتح (قوله ولاخلاف في تخليده في النار) فالخلاف إنما هو في أحكام الدنيا فقط بحر ، لأن العفو عن الكفر دخول الجنة مع الشرك خلاف حكم الشرع والعقل كما في الأصول قهستاني (قوله كإسلامه) فتترتب عليه أحكامه من عصمة النفس والمال وحل الذبح ونكاح المسلمة والإرث من المسلم قهستاني (قوله فإنه يصح اتفاقا) أي من أئمتنا الثلاثة ، وإلا فقد خالف في صحة إسلامه زفر والشافعي كما في الفتح . فإن قيل : هو غير مكلف . قلنا : إنما يلزم إذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن أبي منصور والمعتزلة وأنه يقع مسقطا للواجب لكنا إنما نختار أنه يصح ليترتب عليه الأحكام الدنيوية والأخروية فتح (قوله ويجبر عليه بالضرب) أي والحبس كما مر .

قلت : والظاهر أن هذا بعد بلوغه ، لما مر أن الصبي ليس من أهل العقوبة ، ولما في كافي الحاكم : وإن ارتد الغلام المراهق عن الإسلام لم يقتل ، فإن أدرك كافرا حبس ولم يقتل (قوله وقيل الذي يعقل الخ) قال في الفتح بين أي صاحب الهداية أن الكلام في الصبي الذي يعقل الإسلام زاد في المبسوط كونه بحيث يناظر ويفهم ويفحم اه .

قلت : والظاهر أن ماذكره المصنف بيان لقوله يعقل الإسلام ، ومعنى تمييزه المذكور أن يعرف أن الصدق

قلت : وقد رأيت نقله ، ويؤيده « أنه عليه الصلاة والسلام عرض الإسلام على علىّ رضى الله تعالى عنه وسنه سبع » وكان يفتخر به ، حتى قال :

سبقتكم إلى الإسلام طرا غلاما مابلغت أوان حلمى
وسقتكم إلى الإسلام قهرا بصارم همتى وسنان عزمى

ثم هل يقع فرضا قبل البلوغ ؟ ظاهر كلامهم نعم اتفاقا . وفى التحرير : المختار عند الماتريدى أنه مخاطب بأداء الإيمان كالبالغ ،

مثلا حسن والكذب قبيح يلام فاعله ، وأن العسل حلو والصبر مر ؛ ومعنى كونه بحيث يناظر أن يقول إن المسلم فى الجنة والكافر فى النار ، وإذا قيل له لا ينبغى لك أن تخالف دين أبويك يقول نعم لو كان دينهما حقا أو نحو ذلك . ولا يخفى أن ابن سبع لايعقل ذلك غالبا ، ويحتمل أن يكون المراد المناظرة ولو فى أمر دنيوى ؛ كما لو اشترى شيئا ودفع إلى البائع الثمن وامتنع البائع من تسليم المبيع قائلا لا أسلمه إلا إلى أبيك لأنك قاصر فيقول له لم أخذت منى الثمن ؛ فإن لم تسلمنى المبيع ادفع لى الثمن ، فهذا ونحوه يقع من ابن سبع غالبا ، وعليه يتحد القولان تأمل (قوله وقد رأيت) بفتح تاء المخاطب (قوله وسنه سبع) وقيل ثمان وهو الصحيح ، وأخرجه البخارى فى تاريخه عن عروة ، وقيل عشر أخرجه الحاكم فى المستدرك ، وقيل خمسة عشر وهو مردود ، وتمام ذلك مبسوط فى الفتح وهو أول من أسلم من الصبيان الأحرار ، ومن الرجال الأحرار أبو بكر ، ومن النساء خديجة ، ومن الموالى زيد بن حارثة ، وتمام تحقيق ذلك فى الدر المنتقى ونقل عبارته المحشى (قوله حتى قال الخ) ذكر فى القاموس فى مادة ودق : قال المازنى : لم يصح أن عليا رضى الله تعالى عنه تكلم بشىء من الشعر غير هذين البيتين * تلكم قريش تمنانى لتقتلنى * الخ وصوبه الزمخشرى اهـ ومقتضاه أن نسبة ماهنا إليه لم تصح (قوله ظاهر كلامهم نعم اتفاقا) فائدة وقوعه فرضا عدم فرضية تجديد إقرار آخر بعد البلوغ . قال فى الفتح : ومقتضى الدليل أنه يجب عليه بعد البلوغ . ثم قال : لكنهم اتفقوا على أن لايجب على الصبى بل يقع فرضا قبل البلوغ : أما عند فخر الإسلام فلأنه يثبت أصل الوجوب به على الصبى بالسبب وهو حدوث العالم وعقلية دلالته دون وجوب الأداء لأنه بالخطاب وهو غير مخاطب ، فإذا وجد بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة . وأما عند شمس الأئمة لا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الأداء ، فإذا وجد وجد ، فصار كالمسافر يصلى الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه ، لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فإذا فعل تم اهـ .

مطلب هل يجب على الصبى الإيمان

(قوله وفى التحرير الخ) هذا قول ثالث . وعبارة التحرير فى الفصل الرابع : وعن أبى منصور الماتريدى وكثير من مشايخ العراق والمعتزلة إناطة وجوب الإيمان به أى بعقل الصبى وعقابه بتركه . ونفاه باقى الحنفية دراية لقوله عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل » ورواية لعدم انفساخ نكاح المراهقة بعدم وصف الإيمان اهـ موضحا من شرحه لابن أمير حاج . وقال فى أول الفصل الثانى : وزاد أبو منصور إيجابه على الصبى العاقل ، ونقلوا عن أبى حنيفة : لو لم يبعث الله تعالى للناس رسولا لوجب عليهم معرفته بعقولهم . وقال البخاريون : لاتعلق لحكم الله تعالى بفعل المكلف قبل البعثة والتبليغ كالأشاعرة وهو المختار ، وحكموا بأن المراد من رواية : لاعذر لأحد فى الجهل بخالقه ، لما يرى من خلق السموات والأرض وخلق نفسه

حتى لو مات بعده بلا إيمان خلد فى النار نهر

وفى شرح الوهبانية :

بدرويش درويشان كفر بعضهم ... وصحح أن لا كفـــر وهو المحرر

كذا قول شىء لله قيل بكفره ... وياحاضر ياناظر ليس يكفـــر

ومن يستحل الرقص قالوا بكفره ... ولا سيما بالدف يلهو ويزمر

بعد البعثة ، وحينئذ فيجب حمل الوجوب فى قول الإمام لوجب عليهم معرفته على معنى ينبغى ، وتمامه فى شرحه المذكور (قوله لو مات بعده) أى بعد العقل :

مطلب فى معنى درويش درويشان

(قوله كفر بعضهم) لأن معناه جميع الأشياء مباحة فيدخل فيه مالايجوز إباحته فيكون مبيح الحرام وهو كفر وهذا باطل ، لأن معناه مسكنة المساكين أوفقر الفقراء فكأنه قال تمسكنا بمسكنة المساكين أو افتقرنا إليك بفقر الفقراء ولا دلالة فيه قط على ماذكر ، كذا فى البزازية. ونازعه فى [نور العين] بأن ماذكره من المعنى هو معناه الوضعى أما العرفى الذى جرى عليه اصطلاح الملاحدة والقلندرية فهو أن جميع الأشياء مباحة لك. فالحق أن يكفر القائل إن كان من تلك الفئة ، أو أراد ما أرادوه ، أولم يعلم معناه لكنه قاله تقليدا وتشبيها بهم أو يخشى عليه الكفر فيجدد وجوبا أو احتياطا إيمانه ، وإن قاله غير عالم ولامتأمل فهو مخطئ يلزمه أن يستغفر ، وغاية الأمر أن لا يرخص فى التكلم بأمثال هذه المقالة اه ملخصا (قوله قيل بكفره) لعل وجهه أنه طلب شيئا لله تعالى والله تعالى غنى عن كل شىء والكل مفتقر ومحتاج إليه ، وينبغى أن يرجح عدم التكفير فإنه يمكن أن يقول أردت أطلب شيئا إكراما لله تعالى اه شرح الوهبانية .

قلت : فينبغى أو يجب التباعد عن هذه العبارة ، وقد مر أن مافيه خلاف يؤمر بالتوبة والاستغفار وتجديد النكاح ، لكن هذا إن كان لايدرى مايقول ، أما إن قصد المعنى الصحيح فالظاهر أنه لابأس به (قوله ليس يكفر) فإن الحضور بمعنى العلم شائع — مايكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابعهم — والنظر بمعنى الرؤية — ألم يعلم بأن الله يرى — فالمعنى ياعالم من يرى بزازية :

مطلب فى مستحل الرقص

(قوله ومن يستحل الرقص قالوا بكفره) المراد به التمايل والخفض والرفع بحركات موزونة كما يفعله بعض من ينتسب إلى التصوف. وقد نقل فى البزازية عن القرطبى إجماع الأئمة على حرمة هذا الغناء وضرب القضيب والرقص. قال ورأيت فتوى شيخ الإسلام جلال الملة والدين الكرمانى أن مستحل هذا الرقص كافر ، وتمامه فى شرح الوهبانية . ونقل فى نور العين عن التمهيد أنه فاسق لا كافر . ثم قال : التحقيق القاطع للنزاع فى أمر الرقص والسماع يستدعى تفصيلا ذكره فى عوارف المعارف وإحياء العلوم ، وخلاصته ماأجاب به العلامة النحرير ابن كمال باشا بقوله :

مافى التواجد إن حققت من حرج ... ولا التمايل إن أخلصت من باس

فقمت تسعى على رجل وحق لمن ... دعاه مولاه أن يسعى على الراس

الرخصة فيما ذكر من الأوضاع ، عند الذكر والسماع ، للعارفين الصارفين أوقاتهم إلى أحسن الأعمال ،

ومن لولى قال طى مسافة يجوز جهول ثم بعض يكفر
وإثباتها فى كل ماكان خارقا عن النسفى النجم يروى وينصر

باب البغاة

السالكين المالكين لضبط أنفسهم عن قبائح الأحوال ، فهم لايستمعون إلا من الإله ، ولا يشتاقون إلا له ، إن ذكروه ناحوا ، وإن شكروه باحوا ، وإن وجدوه صاحوا ، وإن شهدوه استراحوا ، وإن سرحوا فى حضرة قربه ساحوا ، إذا غلب عليهم الوجد بغلبانه ، وشربوا من موارد إرادته ، فمنهم من طرقته طوارق الهيبة فخر وذاب ومنهم من برقت له بوارق اللطف فتحرك وطاب ، ومنهم من طلع عليه الحب من مطلع القرب فسكر وغاب ، هذا ماعنّ لى فى الجواب ، والله تعالى أعلم بالصواب .

ومن يك وجده وجدا صحيحا فلم يحتج إلى قول المغنى
له من ذاته طرب قديم وسكر دائم من غير دنّ اهـ

مطلب فى كرامات الأولياء

(قوله ومن لولى الخ) من مبتدأ وقال صلته وجهول خبره ولولى متعلق بيجوز وطى مبتدأ خبره يجوز ، وأصل التركيب : ومن قال طى مسافة يجوز لولى جهول ، وهذا قول الزعفرانى ، والقائل بكفره هو ابن مقاتل ومحمد بن يوسف ط (قوله وإثباتها الخ) قال فى البزازية : وقد ذكر علماؤنا أن ماهو من المعجزات الكبار : كإحياء الموتى ، وقلب العصا حية وانشقاق القمر : وإشباع الجمع من الطعام ، وخروج الماء من بين الأصابع لايمكن إجراؤه كرامة للولى ، وطى المسافة منه لقوله عليه الصلاة والسلام « زويت لى الأرض » فلو جاز لغيره لم يبق فائدة للتخصيص ، لكن فى كلام القاضى أبى زيد مايدل على أنه ليس بكفر اهـ .

قلت : ويدل له ماقالوا فيمن كان بالمشرق وتزوج امرأة بالمغرب فأتت بولد يلحقه فتأمل . وفى التتارخانية أن هذه المسألة تؤيد الجواز . وقد قال العلامة التفتازانى بعد أن حكى عن أكثر المعتزلة المنع من إثبات الكرامات للأولياء وأن الأستاذ أبا إسحق يميل إلى قريب من مذهبهم ، وحكى ماقدمناه ، وأن إمام الحرمين قال المرضىّ عندنا تجويز جملة خوارق العادات فى معرض الكرامات . ثم قال : نعم قد يرد فى بعض المعجزات نص قاطع ، على أن أحدا لايأتى بمثله أصلا كالقرآن ثم ذكر بقية الأقوال . ثم قال : والإنصاف ماذكره الإمام النسفى حين سئل عما يحكى أن الكعبة كانت تزور واحدا من الأولياء ، هل يجوز القول به فقال : نقض العادة على سبيل الكرامة لأهل الولاية جائز عند أهل السنة .

قلت : النسفى هذا هو الإمام نجم الدين عمر مفتى الإنس والجن رأس الأولياء فى عصره اهـ من شرح الوهبانية ، وتمامه فيه ، والله سبحانه أعلم .

باب البغاة

أخره لقلة وجوده ، ولبيان حكم من يقتل من المسلمين بعد من يقتل من الكفار بحر .

قلت : ولم يترجم له بكتاب إشارة إلى دخوله تحت كتاب الجهاد ، لأن القتال معهم فى سبيل الله تعالى ولذا كان المقتول منا شهيدا كما سيأتى ، إذا لايختص الجهاد بقتال الكفار ، وبه اندفع مافى النهر . قال فى الفتح : والبغاة

البغى لغة الطلب ، ومنه — ذلك ماكنا نبغى — وعرفا : طلب مالا يحل من جور وظلم فتح . وشرعا (هم الخارجون عن الإمام الحق بغير حق) فلو بحق فليسوا ببغاة ، وتمامه فى جامع الفصولين .

جمع باغ ، وهذا الوزن مطرد فى كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة اه وإنما جمعه لأنه قلما يوجد واحد يكون له قوّة الخروج قهستانى (قوله البغى لغة الطلب الخ) عبارة الفتح : البغى فى اللغة الطلب ، بغيت كذا : أى طلبته . قال تعالى حكاية ذلك — ماكنا نبغى — ثم اشتهر فى العرف فى طلب مالايحل من الجور والظلم. والباغى فى عرف الفقهاء الخارج على إمام الحق اه لكن فى المصباح : بغيته أبغيه بغيا طلبته ، وبغى على الناس بغيا : ظلم واعتدى فهو باغ والجمع بغاة ، وبغى : سعى فى الفساد ، ومنه الفرقة الباغية لأنها عدلت عن القصد ، وأصله من بغى الجرح : إذا ترامى إلى الفساد اه وفى القاموس : الباغى الطالب ، وفئة باغية : خارجة عن طاعة الإمام العادل اه . قال فى البحر : فقوله فى فتح القدير : الباغى فى عرف الفقهاء الخارج عن إمام الحق (١) تساهل لما علمت أنه فى اللغة أيضا اه .

قلت : قد اشتهر أن صاحب القاموس يذكر المعانى العرفية مع المعانى اللغوية وذلك مماعيب به عليه ، فلايدل ذكره لذلك أنه معنى لغوى ، ويؤيده أن أهل اللغة لايعرفون معنى الإمام الحق الذى جاء فى الشرع بعد اللغة نعم قد يعترض على الفتح بأن كلامه يقتضى اختصاص البغى بمعنى الطلب ، وأن استعماله فى الجور والظلم معنى عرفى فقط ، وقد سمعت أنه لغوى أيضا . وقد يجاب بأن مراده بقوله ثم اشتهر فى العرف الخ العرف اللغوى ، وأن الأصل ومدار اللفظ على معنى الطلب لكن ينافيه قول المصباح وأصله من بغى الجرح الخ فتأمل (قوله وشرعاهم الخارجون) عطفه على ماقبله يقتضى أن يكون التقدير والبغى شرعا هم الخارجون وهو فاسد كما أفاده ح فكان المناسب أن يقول : فالبغاة عرفا الطالبون لما لايحل من جور وظلم وشرعا الخ أفاده ط . ويمكن أن يكون على تقدير مبتدإ : أى والبغاة شرعا الخ (قوله على الإمام الحق) الظاهر أن المراد به مايعم المتغلب لأنه بعد استقرار سلطنته ونفوذ قهره لايجوز الخروج عليه كما صرحوا به ثم رأيت فى الدر المنتقى قال : إن هذا فى زمانهم ، وأما فى زماننا فالحكم للغلبة لأن الكل يطلبون الدنيا فلا يدرى العادل من الباغى كما فى العمادية اه وقوله بغير حق أى فى نفس الأمر وإلا فالشرط اعتقادهم أنهم على حق بتأويل وإلا فهم لصوص ، ويأتى تمام بيانه (قوله وتمامه فى جامع الفصولين) حيث قال فى أول الفصل الأول : بيانه أن المسلمين إذا اجتمعوا على إمام وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المؤمنين ، فإن فعلوا ذلك لظلم ظلمهم به فهم ليسوا من أهل البغى ، وعليه أن يترك الظلم وينصفهم . ولاينبغى للناس أن يعينوا الإمام عليهم لأن فيه إعانة على الظلم ، ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الإمام أيضا لأن فيه إعانة على خروجهم على الإمام ، وإن لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن لدعوى الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم أهل البغى ، فعلى كل من يقوى على القتال أن ينصروا إمام المسلمين على هؤلاء الخارجين لأنهم ملعونون على لسان صاحب الشرع قال عليه الصلاة والسلام « الفتنة نائمة لعن الله من أيقظها » فإن كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد . فليس للإمام أن يتعرض لهم ، لأن العزم على الجناية لم يوجد بعد كذا ذكر فى واقعات اللامشى ، وذكر القلانسى فى تهذيبه قال بعض المشايخ : لولا على رضى الله عنه ماذرينا القتال مع أهل القبلة ، وكان علىّ ومن تبعه من أهل العدل وخصمه من أهل البغى ، وفى زماننا الحكم للغلبة ولاتدرى

---

(١) (قوله عن إمام الحق) الذى فى عبارة الفتح على إمام الحق كما نقله هو قبل ذلك بأسطر ، والخطب سهل اه مصححه .

ثم الخارجون عن طاعة الإمام ثلاثة : قطاع طريق وعلم حكمهم : وبغاة ويجيء حكمهم وخوارج وهم قوم لهم منعة خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية توجب قتاله بتأويلهم ،ويستحلون دماءنا وأموالنا ويسبون نساءنا ، ويكفرون أصحاب نبينا صلى الله عليه وسلم،وحكمهم حكم البغاة بإجماع الفقهاء كما حققه فى الفتح وإنما لم نكفرهم لكونه عن تأويل وإن كان باطلا ،

العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا اه ط لكن قوله ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الإمام فيه كلام سيأتى (قوله قطاع طريق) وهم قسمان : أحدهما الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة ، يأخذون أموال المسلمين ويقتلونهم ويخيفون الطريق . والثانى قوم كذلك ، إلا أنهم لامنعة لهم لكن لهم تأويل ، كذا فى الفتح ، لكنه عدّ الأقسام أربعة ، وجعل هذا الثانى قسما منهم مستقلا ،ملحقا بالقطاع من جهة الحكم : وفى النهر : هنا تحريف فتنبه له (قوله وبغاة) هم كما فى الفتح قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل ولم يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبى ذراريهم اه والمراد خرجوا بتأويل وإلا فهم قطاع كما علمت . وفى الاختيار : أهل البغى كل فئة لهم منعة يتغلبون ويجتمعون ويقاتلون أهل العدل بتأويل يقولون الحق معنا ويدّعون الولاية اه (قوله وخوارج وهم قوم الخ) الظاهر أن المراد تعريف الخوارج الذين خرجوعلى علىّ رضى الله تعالى عنه ،لأن مناط الفرق بينهم وبين البغاة هو استباحتهم دماء المسلمين وذراريهم بسبب الكفر ، إذ لاتسبى الذرارى ابتداء بدون كفر ، لكن الظاهر من كلام الاختيار وغيره أن البغاة أعم ، فالمراد بالبغاة مايشمل الفريقين ، ولذا فسر فى البدائع البغاة بالخوارج لبيان أنهم منهم وإن كان البغاة أعم ،وهذا من حيث الاصطلاح ،وإلا فالبغى والخروج متحققان فى كل من الفريقين على السوية ، ولذا قال على رضى الله تعالى عنه فى الخوارج : إخواننا بغوا علينا (قوله لهم منعة) بفتح النون : أى عزة فى قومهم ، فلا يقدر عليهم من يريدهم مصباح (قوله بتأويل) أى بدليل يؤوّلونه على خلاف ظاهره كما وقع للخوارج الذين خرجوا من عسكر علىّ عليه بزعمهم أنه كفر هو ومن معه من الصحابة حيث حكم جماعة فى أمر الحرب الواقع بينه وبين معاوية وقالوا إن الحكم إلا لله ، ومذهبهم أن مرتكب الكبيرة كافر ، وأن التحكيم كبيرة لشبه قامت لهم استدلوا بها مذكورة مع ردها فى كتب العقائد .

مطلب فى اتباع عبد الوهاب الخوارج فى زماننا

(قوله ويكفرون أصحاب نبينا صلى الله عليه وسلم) علمت أن هذا غير شرط فى مسمى الخوارج ، بل هو بيان لمن خرجوا على سيدنا على رضى الله تعالى عنه ، وإلا فيكفى فيهم اعتقادهم كفر من خرجوا عليه ، كما وقع فى زماننا فى اتباع عبد الوهاب الذين خرجوا من نجد وتغلبوا على الحرمين وكانوا ينتحلون مذهب الحنابلة ، لكنهم اعتقدوا أنهم هم المسلمون وأن من خالف اعتقادهم مشركون ، واستباحوا بذلك قتل أهل السنة وقتل علمائهم حتى كسر الله تعالى شوكتهم وخرب بلادهم وظفر بهم عساكر المسلمين عام ثلاث وثلاثين ومائتين وألف (قوله كما حققه فى الفتح) حيث قال : وحكم الخوارج عند جمهور الفقهاء والمحدثين حكم البغاة : وذهب بعض المحدثين إلى كفرهم . قال ابن المنذر : ولا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم ، وهذا يقتضى نقل إجماع الفقهاء .

مطلب فى عدم تكفير الخوارج وأهل البدع

وقد ذكر فى المحيط أن بعض الفقهاء لايكفر أحدا من أهل البدع : وبعضهم يكفر من خالف منهم ببدعته

بخلاف المستحل بلا تأويل كما مر فى باب الإمامة :

(والإمام يصير إماما) بأمرين (بالمبايعة من الأشراف والأعيان ، وبأن ينفذ حكمه فى رعيته خوفا من قهره وجبروته ، فإن بايع الناس) الإمام (ولم ينفذ حكمه فيهم لعجزه) عن قهرهم (لايصير إماما ، فإذا صار إماما فجار لاينعزل إن) كان (له قهر وغلبة) لعوده بالقهر فلا يفيد

دليلا قطعيا ونسبه إلى أكثر أهل السنة والنقل الأول أثبت نعم يقع فى كلام أهل مذهب تكفير كثير ، لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم :

مطلب لاعبرة بغير الفقهاء يعنى المجتهدين

ولاعبرة بغير الفقهاء ، والمنقول عن المجتهدين ماذكرنا ، وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين اه لكن صرح فى كتابه المسايرة بالاتفاق على تكفير المخالف فيما كان من أصول الدين وضرورياته : كالقول بقدم العالم ، ونفى حشر الأجساد ، ونفى العلم بالجزئيات ، وأن الخلاف فى غيره كنفى مبادئ الصفات ، ونفى عموم الإرادة ، والقول بخلق القرآن الخ . وكذا قال فى شرح منية المصلى : إن ساب الشيخين ومنكر خلافتهما ممن بناه على شبهة له لايكفر ، بخلاف من ادعى أن عليا إله وأن جبريل غلط لأن ذلك ليس عن شبهة واستفراغ وسع فى الاجتهاد بل محض هوى اه وتمامه فيه :

قلت : وكذا يكفر قاذف عائشة ومنكر صحبة أبيها ، لأن ذلك تكذيب صريح القرآن كما مر فى الباب السابق (قوله بخلاف المستحل بلا تأويل) أى من يستحل دماء المسلمين وأموالهم ونحو ذلك مماكان قطعى التحريم ولم يبنه على دليل كما بناه الخوارج كما مر ، لأنه إذا بناه على تأويل دليل من كتاب أوسنة كان فى زعمه إتباع الشرع لامعارضته ومنابذته ، بخلاف غيره (قوله والإمام) أى الإمام الحق الذى ذكره أولا ولم يذكر شروطه استغناء بما قدمه فى باب الإمامة من كتاب الصلاة ، وقدمنا الكلام عليها هناك فراجعها .

مطلب الإمام يصير إماما بالمبايعة أو بالاستخلاف ممن قبله

(قوله يصير إماما بالمبايعة) وكذا باستخلاف إمام قبله ، وكذا بالتغلب والقهر كما فى شرح المقاصد . قال فى المسايرة : ويثبت عقد الإمامة إما باستخلاف الخليفة إياه كما فعل أبو بكر رضى الله تعالى عنه ، وإما ببيعة جماعة من العلماء أو من أهل الرأى والتدبير . وعند الأشعرى يكفى الواحد من العلماء المشهورين من أولى الرأى بشرط كونه بمشهد شهود لدفع الإنكار إن وقع : وشرط المعتزلة خمسة . وذكر بعض الحنفية اشتراط جماعة دون عدد مخصوص اه ثم قال : لو تعذر وجود العلم والعدالة فيمن تصدى للإمامة وكان فى صرفه عنها إثارة فتنة لاتطاق حكمنا بانعقاد إمامته كى لاتكون كمن يبنى قصرا ويهدم مصرا ، وإذا تغلب آخر على المتغلب وقعد مكانه انعزل الأول وصار الثانى إماما وتجب طاعة الإمام عادلا كان أو جائرا إذا لم يخالف الشرع ، فقد علم أنه يصير إماما بثلاثة أمور ، لكن الثالث فى الإمام المتغلب وإن لم تكن فيه شروط الإمامة ، وقد يكون بالتغلب مع المبايعة وهو الواقع فى سلاطين الزمان نصرهم الرحمن (قوله وبأن ينفذ حكمه) أى يشترط مع وجود المبايعة نفاذ حكمه ، وكذا هو شرط أيضا مع الاستخلاف فيما يظهر ، بل يصير إماما بالتغلب ونفاذ الحكم والقهر بدون مبايعة أو استخلاف كما علمت (قوله فلا يفيد) أى لايفيد عزله

(وإلا ينعزل به) لأنه مفيد خانية ، وتمامه فى كتب الـكلام (فإذا خرج جماعة مسلمون عن طاعته) أو طاعة نائبه الذى الناس به فى أمان درر (وغلبوا على بلد دعاهم إليه) أى إلى طاعته (وكشف شبهتهم) استحبابا (فإن تحيزوا مجتمعين حل لنا قتالهم بدءا حتى نفرق جمعهم) إذ الحكم يدار على دليله وهو الاجتماع والامتناع (ومن دعاه الإمام إلى ذلك) أى قتالهم (افترض عليه إجابته) لأن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة بدائع (لو قادرا)

مطلب فيما يستحق به الخليفة العزل

(قوله وإلا ينعزل به) أى إن لم يكن له قهر ومنعة ينعزل به أى بالجور . قال فى شرح المقاصد : ينحل عقد الإمامة بما يزول به مقصود الإمامة كالردة والجنون المطبق ، وصيرورته أسيرا لايرجى خلاصه ، وكذا بالمرض الذى ينسيه المعلوم ، وبالعمى والصمم والخرس ، وكذا بخلعه نفسه لعجزه عن القيام بمصالح المسلمين وإن لم يكن ظاهرا بل استشعره من نفسه ، وعليه يحمل خلع الحسن نفسه . وأما خلعه لنفسه بلا سبب ففيه خلاف ، وكذا فى انعزاله بالفسق . والأكثرون على أنه لاينعزل ، وهو المختار من مذهب الشافعى وأبى حنيفة رحمهما الله تعالى : وعن محمد روايتان ، ويستحق العزل بالاتفاق اهـ . وقال فى المسايرة : وإذا قلد عدلا ثم جار وفسق لاينعزل ولكن يستحق العزل إن لم يستلزم فتنة اهـ . وفى المواقف وشرحه : إن للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه ، مثل أن يوجد منه مايوجب اختلال أحوال المسلمين وانتكاس أمور الدين كما كان لهم نصبه وإقامته لانتظامها وإعلائها ، وإن أدى خلعه إلى فتنة احتمل أدنى المضرتين اهـ (قوله فإذا خرج جماعة مسلمون) قيد بذلك لأن أهل الذمة إذا غلبوا على بلدة صاروا أهل حرب كما مر ، ولو قاتلونا مع أهل البغى لم يكن ذلك نقضا للعهد منهم ، وهذا لايرد على المصنف لأنهم أتباع للبغاة المسلمين نهر أى فلهم حكمهم بطريق التبعية . (قوله عن طاعته) أى طاعة الإمام ، وقيده فى الفتح بأن يكون الناس به فى أمان والطرقات آمنة اهـ ومثله ماذكره عن الدرر وجهه أنه إذا لم يكن كذلك يكون عاجزا أو جائرا ظالما يجوز الخروج عليه وعزله إن لم يلزم منه فتنة كما علمته آنفا (قوله وغلبوا على بلد) الظاهر إن ذكر البلد بيان للواقع غالبا لأن المدار على تجمعهم وتعسكرهم ، وهو لايكون إلا فى محل يظهر فيه قهرهم والغالب كونه بلدة ، فلو تجمعوا فى برية فالحكم كذلك تأمل (قوله أى إلى طاعته) أشار إلى أنه على تقدير مضاف (قوله وكشف شبهتهم استحبابا) أى بأن يسألهم عن سبب خروجهم ، فإن كان لظلم منه إزاله ، وإن لدعوى أن الحق معهم والولاية لهم فهم بغاة فلو قاتلهم بلا دعوة جاز لأنهم علموا مايقاتلون عليه كالمرتدين وأهل الحرب بعد بلوغ الدعوة بحر (قوله فإن تحيزوا مجتمعين) أى مالوا إلى جهة مجتمعين فيها أو إلى جماعة ، وهذا فى معنى قوله وغلبوا على بلد فكان أحدهما يغنى عن الآخر على ماقلنا (قوله حل لنا قتالهم بدءا) هـذا اختيار لما نقله خواهر زاده عن أصحابنا أنا نبدؤهم قبل أن يبدؤنا لأنه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لايمكنه الدفع ، فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم : ونقل القدورى أنه لايبدؤهم حتى يبدؤه ، وظاهر كلامهم أن المذهب الأول بحر ، ولو اندفع شرهم بأهون من القتل وجب بقدر مايندفع به شرهم زيلعى.

مطلب فى وجوب طاعة الإمام

(قوله افترض عليه إجابته) والأصل فيه قوله تعالى — وأولى الأمر منكم — وقال صلى الله عليه وسلم « اسمعوا وأطيعوا ولو أمر عليكم عبد حبشى أجدع » وروى « مجدع » وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال

وإلا لزم بيته درر . وفى المبتغى لو بغوا لأجل ظلم السلطان ولايمتنع عنه لاينبغى للناس معاونة السلطان ولامعاونتهم .

(ولو طلبوا الموادعة أجيبوا) إليها (إن خيرا للمسلمين) كما فى أهل الحرب (وإلا لا) يجابوا بحر (ولا يؤخذ منهم شىء ، فلو أخذنا منهم رهونا وأخذوا منا رهونا ، ثم غدروا بنا وقتلوا رهوننا لانقتل رهونهم ولكنهم يحبسون إلى أن يهلك أهل البغى أو يتوبوا ، وكذلك أهل الشرك) إذا فعلوا برهوننا ذلك لانفعل برهونهم (و) لكن (يجبرون على الإسلام أو يصيروا ذمة) لنا .

(ولو لهم فئة أجهز على جريحهم) أى أتم قتله (واتبع موليهم وإلا لا) لعدم الخوف (والإمام بالخيار فى أسيرهم ، إن شاء قتله وإن شاء حبسه) حتى يتوب أهل البغى ، فإن تابوا حبسه أيضا حتى يحدث توبة سراج (ونقاتلهم بالمنجنيق والإغراق وغير ذلك كأهل الحرب ومالايجوز قتله من أهل الحرب) كنساء وشيوخ (لايجوز قتله منهم) مالم يقاتلوا ، ولا يقتل عادل محرمه مباشرة مالم يرد قتله

« عليكم بالسمع والطاعة لكل من يؤمر عليكم مالم يأمركم بمنكر » فنى المنكر لاسمع ولاطاعة ثم إذا أمر العسكر بأمر فهو على أوجه : إن علموا أنه نفع بيقين أطاعوه ، وإن علموا خلافه كأن كان لهم قوة وللعدو مدد يلحقهم لايطيعوه ، وإن شكوا لزمهم إطاعته ، وتمامه فى الذخيرة (قوله وإلا لزم بيته) أى إن لم يكن قادرا ، وعليه يحمل ماروى عن جماعة من الصحابة ، أنهم قعدوا فى الفتنة ، وربما كان بعضهم فى تردد من حل القتال . والمروى عن أبى حنيفة من قول الفتنة : إذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعتزل الفتنة ويقعد فى بيته محمول على مالإذا لم يكن لهم إمام . وماروى « إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول فى النار » محمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين أهل قريتين ومحلتين ، أولأجل الدنيا والملك ، وتمامه فى الفتح (قوله وفى المبتغى الخ) موافق لما مر من جامع الفصولين ، ومثله فى السراج ، لكن فى الفتح : ويجب على كل من أطاق الدفع أن يقاتل مع الإمام إلا أن أبدوا مايجوز لهم القتال كان ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلما لاشبهة فيه بل يجب أن يعينوهم حتى ينصفهم ويرجع عن جوره ، بخلاف ما إذا كان الحال مشتبها أنه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التى للإمام أخذها وإلحاق الضرر بها لدفع ضرر أعم منه اهـ .

قلت : ويمكن التوفيق بأن وجوب إعانتهم إذا أمكن امتناعه عن بغيه وإلا فلا كما يفيده قول المبتغى ، ولايمتنع عنه تأمل (قوله ولو طلبوا الموادعة) أى الصلح من ترك قتالهم ط (قوله ولايؤخذ منهم شىء) أى على الموادعة لأنهم مسلمون ، ومثله فى المرتدين فتح (قوله لانقتل رهونهم) أى وإن وقع الشرط على أن أيهما غدر يقتل الآخرون الرهن لأنهم صاروا آمنين بالموادعة أو بإعطاء الأمان لهم حين أخذناهم رهنا ، والغدر من غيرهم لايؤاخذون به ، والشرط باطل ، وتمامه فى الفتح (قوله أو يصيروا ذمة لنا) أو بمعنى إلا فلذلك حذف النون ح (قوله أجهز على جريحهم) بالبناء للمفعول فيه وفى اتبع (قوله أى أتم قتله) فى المصباح : جهزت على الجريح من باب نفع وأجهزت إجهازا أتممت عليه وأسرعت قتله (قوله واتبع موليهم) أى هاربهم لقتله أو أسره كى لايلحق هو أو الجريح بفئته (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن لهم فئة يلحقون بها لايجهز ولايتبع (قوله إن شاء قتله) أى إن كان له فئة وإلا لا كما فى القهستانى عن المحيط . قال فى الفتح : ومعنى هذا الخيار أن يحكم نظره فيما هو أحسن الأمرين فى كسر الشوكة لابهوى النفس والتشفى (قوله كنساء وشيوخ) أدخلت الكاف الصبيان والعميان كما فى البحر ط (قوله مالم يقاتلوا) أى فيقتلون حال القتال وبعد الفراغ إلا الصبيان والمجانين بحر (قوله ولا يقتل) أى يكره له كما فى الفتح (قوله مالم يرد قتله) فإذا أراده فله دفعه ولو بقتله ، وله أن يتسبب ليقتله

(ولم تسب لهم ذرية ، وتحبس أموالهم إلى ظهور توبتهم) فترد عليهم وبيع الكراع أولى لأنه أنفع فتح ، ويقاس عليه العبيد نهر (ونقاتل بسلاحهم وخيلهم عند الحاجة ، ولا ينتفع بغيرهما من أموالهم مطلقا) ولو عند الحاجة سراج .

(ولو قال الباغي : تبت وألقى السلاح من يده كف عنه ، ولو قال : كف عني لأنظر في أمرى لعلى أتوب وألقى السلاح كف عنه ، ولو قال أنا على دينك ومعه السلاح لا) لأن وجود السلاح معه قرينة بقاء بغيه ، فمتى ألقاه كف عنه وإلا لا فتح .

(ولو قتل باغ مثله فظهر عليهم فلا شيء فيه) لكونه مباح الدم فتح ، فلا إثم أيضا ، وقتلانا شهداء ، ولا يصلى على بغاة بل يكفنون ويدفنون بدائع (ويكره نقل رؤوسهم إلى الآفاق) وكذلك رؤوس أهل الحرب لأنها مثلة ؛ وجوّزه بعض المتأخرين لو فيه كسر شوكتهم أو فراغ قلبنا فتح ، ومر في الجهاد .

(ولو غلبوا على مصر فقتل مصرى مثله عمدا فظهر على المصر قتل به إن لم يجر على أهله) أي المصر (أحكامهم) وإن جرى لا لانقطاع ولاية الإمام عنهم (وإن قتل عادل باغيا ورثه) مطلقا

غيره كعقر دابته ، بخلاف أهل الحرب فله أن يقتل محرمه منهم مباشرة إلا الوالدين بحر أى فإنه لايجوز له قتل الوالدين الحربيين مباشرة ، بل له منعهما ليقتلهما غيره إلا إذا أراد قتله ولايمكن دفعه إلا بالقتل فله قتلهما مباشرة كما مر أول الجهاد .

والحاصل أن المحرم هنا كالوالدين ، بخلاف أهل الحرب ، فإن له قتل المحرم فقط . والفرق كما فى الفتح أنه اجتمع فى الباغى حرمتان : حرمة الإسلام ، وحرمة القرابة . وفى الكافر حرمة القرابة فقط (قوله ولم تسب لهم ذرية) أى أولاد صغار وكذا النساء ، لأن الإسلام يمنع الاسترقاق ابتداء كما فى الزيلعى (قوله وبيع الكراع أولى) بضم الكاف ، من تسمية الشيء باسم بعضه ، لما فى المصباح أن الكراع من الغنم والبقر مستدق الساعد بمنزلة الوظيف من الفرس ، وهو مؤنث يجمع على أكرع والأكرع على أكارع . قال الأزهرى : الأكارع للدابة قوائمها (قوله لأنه أنفع) أى أنفع من إمساكه والإنفاق عليه من بيت المال ، أو للرجوع على صاحبه كما يفيده كلام البحر (قوله وألقى السلاح) فعل ماض معطوف على قال (قوله فمتى ألقاه الخ) قال فى الفتح : ومالم يلق السلاح فى صورة من الصور كان له قتله ، ومتى ألقاه كف عنه ، بخلاف الحربى لايلزمه الكف عنه بإلقاء السلاح (قوله فلا شيء فيه) أى لادية ولاقصاص إذا ظهرنا عليهم فتح (قوله لكونه مباح الدم) ألا ترى أن العادل إذا قتله لايجب عليه شيء ، ولأن القصاص لايستوفى إلا بالولاية وهى بالمنفعة ، ولا ولاية لإمامنا عليهم فلم يجب شيء وصار كالقتل في دار الحرب . وعند الأئمة الثلاثة يقتل به فتح (قوله فلا إثم أيضا) أخذه فى النهر من ظاهر كلام الفتح ومثله فى البحر فتأمله (قوله وقتلانا شهداء) أى فيصنع بهم مايصنع بالشهداء كافى (قوله بل يكفنون) أى بعد أن يغسلوا كما فى البحر ح (قوله لأنها مثلة) أى لأن هذه الهيئة : أو أنثه لتأنيث الخبر أى والمثلة منهى عنها (قوله وجوزه بعض المتأخرين) لمنع كونه مثلة ، قال فى البحر : ومنعه فى المحيط في رؤوس البغاة ؛ وجوزه فى رؤوس أهل الحرب (قوله إن لم يجر الخ) أى بأن أخرجهم إمام العدل قبل تقرر حكمهم لأنه حينئذ لم تنقطع ولاية الإمام فوجب القود فتح (قوله وإن جرى لا) أى لايقتل به ولكن يستحق عذاب الآخرة فتح (قوله مطلقا) يفسره مابعده . قال فى البحر ، إذا قتل عادل باغيا فإنه يرثه ولاتفصيل فيه لأنه قتله بحق فلا يمنع الإرث . وأصله أن العادل إذا اتلف نفس الباغى أوماله لايضمن ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم دفعا

وبالعكس (إذا قال) الباغى وقت قتله (أنا على باطل لا) يرثه اتفاقا لعدم الشبهة (وإن قال أنا على حق) فى الخروج على الإمام وأصر على دعواه (ورثه) أما لو رجع تبطل ديانته فلا إرث ابن كمال . وفى الفتح : لو دخل باغ بأمان فقتله عادل عمدا لزمه الدية كما فى المستأمن لبقاء شبهة الإباحة .

لشرهم كذا فى الهداية ونحوه فى البدائع . وفى المحيط : العادل لو أتلف مال الباغى يضمن لأنه معصوم فى حقنا . ووفق الزيلعى بحمل الأول على إتلافه حال القتال بسبب القتال إذ لايمكنه أن يقتلهم إلا باتلاف شيء من أموالهم كالخيل ، وأما فى غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لعصمة أموالهم اه ملخصا .

قلت : ويظهر لى التوفيق بوجه آخر ، وهو حمل الضمان على ماقبل تحيزهم وخروجهم أو بعد كسرهم وتفرق جمعهم ، أما إذا تحيزوا لقتالنا مجتمعين فإنهم غير معصومين بدليل حل قتالنا لهم ، ويدل عليه تعليل الهداية بالأمر بقتالهم ، إذ لايؤمر بقتالهم إلا فى هذه الحالة ، فلو أتلف العادل منهم شيئا فى هذه الحالة لايضمنه لسقوط العصمة بخلاف غيرها فإنه يضمن لأنه حينئذ معصوم فى حقنا ، ولم أر من ذكر هذا التوفيق ، والله تعالى الموفق (قوله وبالعكس) أى إذا قتل باغ عادلا (قوله وقت قتله) متعلق بقوله أنا على باطل ، فكان عليه أن يذكره عقبه إذ لايلزم قوله ذلك وقت قتله ، بل اللازم اعتقاد ذلك وقته ، لكن قد يأتى لفظ قال بمعنى اعتقد تأمل . وعبارة البحر ، وإن قال قتلته وأنا أعلم أنى على باطل لم يرثه (قوله اتفاقا) أى من أبى يوسف وصاحبيه (قوله لعدم الشبهة) وهى التأويل باعتقاد كونه على حق (قوله ورثه) أى خلافا لأبى يوسف لأنه أتلف بتأويل فاسد ، والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة فى حق الدفع كما فى منعة أهل الحرب وتأويلهم .

والحاصل أن نفى الضمان منوط بالمنعة مع التأويل ، فلو تجردت المنعة عن التأويل كقوم تغلبوا على بلدة فقتلوا واستهلكوا الأموال بلا تأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك ، ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد واثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا إذا تابوا وقدر عليهم ، وتمامه فى الفتح والزيلعى . وفى الاختيار : وماأصاب كل واحد من الفريقين من الآخر من دم أو جراحة أو استهلاك مال فهو موضوع لادية فيه ، ولاضمان ولا قصاص ، وما كان قائما فى يد كل واحد من الفريقين للآخر فهو لصاحبه . قال محمد رحمه الله تعالى : إذا تابوا أفتيهم أن يغرموا ولا أجبرهم على ذلك لأنهم أتلفوه بغير حق ، فسقوط المطالبة لايسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى . وقال أصحابنا : مافعلوه قبل التحيز والخروج ، وبعد تفرق جمعهم يؤخذون به لأنهم من أهل دارنا ، ولامنعة لهم كغيرهم من المسلمين ، أما مافعلوه بعد التحيز لاضمان فيه لما بيننا اه .

قلت : فتحصل من ذلك كله أن أهل البغى إذا كانوا كثيرين ذوى منعة وتحيزوا لقتالنا معتقدين حله بتأويل سقط عنهم ضمان ماأتلفوه من دم أو مال دون ما كان قائما ، ويضمنون كل ذلك إذا كانوا قليلين لامنعة لهم أو قبل تحيزهم أو بعد تفرق جمعهم ، وتقدم أن ماأتلفه أهل العدل لايضمنونه ، وقيل يضمنونه ، وقدمنا التوفيق (قوله تبطل ديانته) أى تأويله الذى كان يتدين به وأسقطنا ضمانه بسببه ، فإذا رجع ظهر أنه لاتأويل له فلا يرث ويضمن ماأتلف . وفى عامة النسخ ديانة بدون ضمير ، وهو تحريف ، والموافق لما فى ابن كمال عن غاية البيان هو الأول (قوله عمدا) ليس فى كلام الفتح ، ولكن حمله عليه فى النهر لأنه المراد بدليل التعليل . ثم قال فى النهر وينبغى أن لايرث منه ، وهذه ترد على إطلاق المصنف (قوله كما فى المستأمن) أى كما لو قتل المسلم مستأمنا فى دارنا فتح (قوله لبقاء شبهة الإباحة) علة لعدم وجوب القصاص المفهوم من وجوب الدية اه ح .

(ويكره) تحريما (بيع السلاح من أهل الفتنة إن علم) لأنه إعانة على المعصية (وبيع مايتخذ منه كالحديد) ونحوه يكره لأهل الحرب (لا) لأهل البغى لعدم تفرغهم لعمله سلاحا لقرب زوالهم ، بخلاف أهل الحرب زيلعى :

قلت : وأفاد كلامهم أن ماقامت المعصية بعينه يكره بيعه تحريما وإلا فتنزيها نهر :

وفى الفتح : ينفذ حكم قاضيهم لو عادلا وإلا لا ، ولو كتب قاضيهم إلى قاضينا كتابا ، فإن علم أنه قضى بشهادة عدلين نفذه وإلا لا .

مطلب فى كراهة بيع ماتقوم المعصية بعينه

(قوله تحريما) بحث لصاحب البحر حيث قال : وظاهر كلامهم أن الكراهة تحريمية لتعليلهم بالإعانة على المعصية ط (قوله من أهل الفتنة) شمل البغاة وقطاع الطريق واللصوص بحر (قوله إن علم) أى إن علم البائع أن المشترى منهم (قوله لأنه إعانة على المعصية) لأنه يقاتل بعينه ، بخلاف مالايقاتل به إلا بصنعة تحدث فيه كالحديد ونظيره كراهة بيع المعازف لأن المعصية تقام بها عينها ، ولايكره بيع الخشب المتخذة هى منه ، وعلى هذا بيع الخمر لايصح ويصح بيع العنب . والفرق فى ذلك كله ماذكرنا فتح ومثله فى البحر عن البدائع ، وكذا فى الزيلعى، لكنه قال بعده : وكذا لايكره بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة الطيارة لأنه ليس عينها منكرا وإنما المنكر فى استعمالها المحظور اه :

قلت: لكن هذه الأشياء تقام المعصية بعينها لكن ليست هى المقصود الأصلى منها ، فإن عين الجارية للخدمة مثلا والغناء عارض فلم تكن عين المنكر ، بخلاف السلاح فإن المقصود الأصلى منه هو المحاربة به فكان عينه منكرا إذا بيع لأهل الفتنة ، فصار المراد بما تقام المعصية به ماكان عينه منكرا بلا عمل صنعة فيه ، فخرج نحو الجارية المغنية لأنها ليست عين المنكر ، ونحو الحديد والعصير لأنه وإن كان يعمل منه عين المنكر لكنه بصنعة تحدث فلم يكن عينه ، وبهذا ظهر أن بيع الأمرد ممن يلوط به مثل الجارية المغنية فليس مما تقوم المعصية بعينه ، خلافا لما ذكره المصنف والشارح فى باب الحظر والإباحة ، ويأتى تمامه قريبا (قوله يكره لأهل الحرب) مقتضى مانقلناه عن الفتح عدم الكراهة ، إلا أن يقال المنفى كراهة التحريم والمثبت كراهة التنزيه ، لأن الحديد وإن لم تقم المعصية بعينه لكن إذا كان بيعه ممن يعمله سلاحا كان فيه نوع إعانة تأمل (قوله نهر) عبارته : وعرف بهذا أنه لايكره بيع مالم تقم المعصية به كبيع الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والعصير والخشب الذى يتخذ منه المعازف ، وما فى بيوع الخانية من أنه يكره بيع الأمرد من فاسق يعلم أنه يعصى به مشكل : والذى جزم به فى الحظر والإباحة أنه لايكره بيع جارية ممن يأتيها فى دبرها أو بيع الغلام من لوطى وهو الموفق لما مر . وعندى أن مافى الخانية محمول على كراهة التنزيه والمنفى هو كراهة التحريم ، وعلى هذا فيكره فى الكل تنزيها ، وهو الذى إليه تطمئن النفس لأنه تسبب فى الإعانة ، ولم أر من تعرض لهذا ، والله تعالى الموافق اه (قوله ينفذ) بالتشديد مبنيا للمجهول (قوله لو عادلا) أى لو كان حكم قاضيهم عادلا : أى على مذهب أهل العدل . قال فى الفتح : وإذاولى البغاة قاضيا على مكان غلبوا عليه فقضى ماشاء ثم ظهر أهل العدل فرفعت أقضيته إلى قاضى العدل نفذ منها ماهو عدل وكذا ماقضى برأى بعض المجتهدين ، لأن قضاء القاضى فى المجتهدات نافذ وإن كان مخالفا لرأى قاضى العدل اه (قوله ولو كتب قاضيهم الخ) محله إذا كان من أهل العدل وإلا لايقبل كتابه لفسقه كما فى الفتح . وأفاد صحة تولية البغاة للقضاء كما سيأتى فى بابه ، والله سبحانه أعلم .

كتاب اللقيط

عقبه مع اللقطة بالجهاد لعرضيتهما لفوات النفس والمال ، وقدم اللقيط لتعلقه بالنفس ، وهى مقدمة على المال .

(هو) لغة مايلقط فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الولد المنبوذ باعتبار المآل، وشرعا (اسم لحى مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الريبة) مضيعه آثم محرزه غانم (التقاطه فرض كفاية إن غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه) ولو لم يعلم به غيره ففرض عين ، ومثله رؤية أعمى يقع فى بئر شمنى (وإلا فمندوب) لما فيه من الشفقة والإحياء و (هو حر)

كتاب اللقيط

أى كتاب لقط اللقيط قهستانى ، والأولى قول الحموى كتاب فى بيان أحكام اللقيط ، لأن الكتاب معقود لبيان ماهو أعم من لقطه كنفقته وجنايته وإرثه وغير ذلك ط (قوله عقبه مع اللقطة بالجهاد) تبع فى هذا التعبير صاحب النهر ،وفيه قلب ، وصوابه عقب الجهاد به مع اللقطة ط .

قلت : لكن فى المصباح كل شيء جاء بعد شيء فقد عاقبه وعقبه تعقيبا ،ثم قال وعقبت زيدا عقبا من باب قتل وعقوبا جئت بعده ، ثم قال والسلام يعقب التشهد أى يتلوه ، فهو عقيب له اه . فعلى هذا إذا قلت أعقبت زيدا عمرا كان معناه جعلت زيدا تاليا لعمرو ، لأن زيدا فاعل فى الأصل كما فى ألبست زيدا جبة ،وكذا تقول أعقبت السلام التشهد : أى أتيت بالسلام بعد التشهد ،ومثله أعقبت السلام بالتشهد بزيادة الباء ،وعليه فقوله عقب اللقيط بالجهاد معناه أتى به عقب الجهاد فلا قلب فيه ، هذا ماظهرلى (قوله لعرضيتهما) بفتح العين والراء اه ح : أى لتوقع عروض الهلاك والزوال فيهما : أى كما أن الأنفس والأموال فى الجهاد على شرف الهلاك ، وإنما قدمه عليهما لكونه فرضا لإعلاء كلمة الله تعالى والإلتقاط مندوب (قوله مايلقط) أى يرفع من الأرض فتح (قوله ثم غلب) أى فى اللغة كما هو ظاهر المغرب والمصباح ، فهو كاستعمالهم اللفظ بمعنى الملفوظ ثم تخصيصه بما يلفظه الفم من الحروف (قوله باعتبار المآل) لأنه يؤول أمره إلى الالتقاط فى العادة ، وظاهره أنه مجاز لغوى بعلاقة الأول مثل — أعصر خمرا — وانظر ماقدمناه فى باب كيفية القسمة عند قوله سماه قتيلا الخ (قوله وشرعا اسم لحى مولود الخ) كذا فى البحر ، وظاهر الفتح اتحاد المعنى الشرعى واللغوى ،وعلى ماهنا فالمغايرة بينهما بزيادة قيد الحياة وهو غير ظاهر لأن الميت كذلك فيما يظهر حتى يحكم بإسلامه تبعا للدار فيغسل ويصلى عليه ، ولو وجد قتيلا فى محلة تجب فيه الدية والقسامة كما سنذكره تأمل ، والمراد به ما كان من بنى آدم كما نقل عن الإتقانى ، وقيد بقوله طرحه أهله احترازا عن الضائع (قوله خوفا من العيلة) بالفتح : الفقر مصباح (قوله فرارا من تهمة الريبة) التهمة : بفتح الهاء وسكونها الشك والريبة مصباح . وفيه أيضا : الريبة الظن والشك ، لكن المراد بها هنا الزنا (قوله مضيعه) أى طارحه أو تاركه حتى ضاع أى هلك (قوله إن غلب على ظنه هلاكه) بأن وجده فى مفازة ونحوها من المهالك ، وليس مراد الكنز من الوجوب الاصطلاحى بل الافتراض ، فلا خلاف بيننا وبين باقى الأئمة كما قد توهم بحر . قال فى النهر : وفيه إيماء إلى أنه يشترط فى الملتقط كونه مكلفا ، فلا يصح التقاط الصبى والمجنون ، ولا يشترط كونه مسلما عدلا رشيدا لما سيأتى من أن التقاط الكافر صحيح والفاسق أولى ، وأن العبد المحجور عليه يصح التقاطه أيضا ،فالمحجور عليه بالسفه أولى اه ويأتى قريبا تمام الكلام على المحجور (قوله وإلا فمندوب) قال فى البحر : وينبغى أن يحرم طرحه بعد التقاطه ،لأنه وجب عليه بعد التقاطه حفظه فلا يملك رده إلى ما كان عليه (قوله وهو حر)

مسلم تبعا للدار (إلا بحجة رقه) على خصم وهو الملتقط لسبق يده (وما يحتاج إليه) من نفقة وكسوة وسكنى ودواء ومهر إذا زوّجه السلطان (فى بيت المال) إن برهن على التقاطه (وإن كان له مال) أو قرابة (ففى ماله) أو على قرابته (وارثه) ولو دية (فى بيت المال كجنايته) لأن الغرم بالغنم (وليس لأحد أخذه منه قهرا)

أى فى جميع أحكامه حتى يحد قاذفه ، لأن الأصل فى بنى آدم الحرية لأنهم أولاد خيار المسلمين آدم وحوّاء ، وإنما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم ، وكذا الدار دار الأحرار فتح ، وشمل ما إذا كان الواجد حرا أو عبدا أو مكاتبا ولا يكون تبعا للواجد والواجية .

وفى المحيط : لو وجده المحجور ولا يعرف إلا بقوله قال المولى كذبت بل هو عبدى فالقول للمولى ، لأنه ذو اليد إذ لا يد للعبد على نفسه وإن كان العبد مأذونا فالقول له لأن له يدا ، وتمامه فى البحر (قوله مسلم تبعا للدار) أفاد أن المعتبر فى ثبوت إسلامه المكان سواء كان الواجد مسلما أو كافرا ، وفيه خلاف سيأتى (قوله إلا بحجة رقه) يستثنى منه ما لو كان الملتقط عبدا محجورا وادعى مولاه أنه عبده كما مر آنفا ، وكذا لو ادعاه الملتقط الحر إن لم يكن أقر بأنه لقيط كما فى البحر (قوله على خصم وهو الملتقط) هذا إذا كان اللقيط صغيرا ، فلو كبيرا يثبت رقه بإقامة البينة عليه وبإقراره أيضا كما فى القهستانى عن النظم ، لكن إقراره يقتصر عليه ويأتى بيانه فى الفروع (قوله وما يحتاج إليه) عبارة المتون ونفقته فى بيت المال : قال فى البحر : ولو قال وما يحتاج إليه كان أولى لما فى المحيط من أن مهره إذا زوّجه السلطان فى بيت المال ، وإن كان له مال ففى ماله اهـ (قوله من نفقة وكسوة الخ) فى النهر : قد مر أن النفقة اسم للطعام والشراب والكسوة والسكنى (قوله ودواء) ذكره فى النهر بحثا لأنه أولى من التزويج (قوله إذا زوّجه السلطان) أى أو وكيله ، وقيد به لأن الملتقط لا يملك تزويجه كما يأتى . والظاهر أن تزويج السلطان له مقيد بالحاجة ، كما لو احتاج إلى خادم فزوّجه امرأة تخدمه أو نحو ذلك ، وإلا ففيه الإنفاق من بيت المال بلا ضرورة . والظاهر أن نفقة زوجته فى بيت المال أيضا فتأمل (قوله أن برهن على التقاطه) لأنه عساه ابنه ، والوجه أن لا يتوقف على البينة بل ما يرجح صدقه لأنها لم تقم على خصم حاضر ، ولذا قال فى المبسوط : هذه لكشف الحال ، والبينة لكشف الحال مقبولة وإن لم تقم على خصم فتح .

[تنبيه] أفاد أنه لو أنفق الملتقط من ماله فهو متبرع إلا إذا أذن له القاضى بشرط الرجوع ، وسيأتى تمامه فى اللقطة (قوله ولو دية) قال فى الفتح : حتى لو وجد اللقيط قتيلا فى محلة كان على أهلها ديته لبيت المال وعليهم القسامة ، وكذا إذا قتله الملتقط أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ، ولو عمدا فالخيار إلى الإمام اهـ أى بين القتل والصلح على الدية ، وليس له العفو بحر (قوله كجنايته) أى على غيره .

مطلب فى قولهم الغرم بالغنم

(قوله لأن الغرم بالغنم) تعليل لقوله كجنايته : قال فى المصباح : والغنم بالغرم أى مقابل به ، فكما أن المالك يختص بالغنم ولا يشاركه فيه أحد فكذلك يتحمل الغرم ولا يتحمل معه أحد ، وهذا معنى قولهم : الغرم مجبور بالغنم اهـ . (قوله وليس لأحد أخذه منه قهرا) لأنه ثبت حق الحفظ له لسبق يده ، وينبغى أن ينتزع منه إذا لم يكن أهلا لحفظه كما قالوا فى الحاضنة ، وكما يفيده قول الفتح الآتى إلا بسبب يوجب ذلك بحر .

قلت : وكذا يفيده ما سيأتى من أنه يثبت نسبه من ذمى ، ولكن هو مسلم فينزع من يده قبيل عقل الأديان . والظاهر أن النزع فيه واجب ، كما لو كان الملتقط فاسقا يخشى عليه منه الفجور باللقيط فينزع منه قبيل حد الاشتهاء

وهل للإمام الأعظم أخذه بالولاية العامة فى الفتح لا ، وأقره المصنف تبعا للبحر وحرر فى النهر ، نعم لكن لاينبغى أخذه إلا بموجب (فلو أخذه أحد وخاصمه الأول رد إليه) إلا إذا دفعه باختياره لأنه أبطل حقه (و) هذا إذا اتحد الملتقط ، فلو تعدد وترجح أحدهما كما (لو وجده مسلم وكافر فتنازعا قضى به للمسلم) لأنه أنفع للقيط خانية ، ولو استويا فالرأى للقاضى بحر بحثا :

(ويثبت نسبه من واحد) بمجرد دعواه ولو غير الملتقط استحسانا لو حيا وإلا فالبينة خانية (ومن اثنين) مستويين كولد أمة مشتركة :

ولاينافيه مافى الخانية من أنه إذا علم القاضى عجزه عن حفظه بنفسه وأتى به إليه فإن الأولى له أن يقبله اهـ ، لأنه إذا لم يرد بالأولى الوجوب فوجهه أنه إذا لم يقبله منه بعد ماأتى به إليه علم أمانته وديانته وأنه حيث لم يقبله منه يدفعه هو إلى من يحفظه فلم يتعين القاضى لأخذه منه ، بخلاف ما إذا كان يخشى عليه من الملتقط ، وبه اندفع مافى النهر (قوله فى الفتح لا) حيث قال لا ينبغى للإمام أن يأخذه من الملتقط إلا بسبب يوجب ذلك لأن يده سبقت إليه فهو أحق منه (قوله وحرر فى النهر نعم) حيث قال : وأقول المذكور فى المبسوط أن للإمام الأعظم أن يأخذه بحكم الولاية العامة إلا أنه لا ينبغى له ذلك ، وهو الذى ذكره فى الفتح (قوله وهذا) أى عدم أخذه من الملتقط (قوله لأنه أنفع للقيط) لأنه يعلمه أحكام الإسلام ولأنه محكوم له بالإسلام فكان المسلم أولى بحفظه ، أفاده فى البحر :

قلت : وهذا إذا لم يعقل الأديان وإلا نزع من الكافر ولو كان هو الملتقط وحده كما يأتى تأمل (قوله ولو استويا) بأن كانا مسلمين أو كافرين (قوله فالرأى للقاضى) وينبغى أن يرجح ماهو أنفع للقيط نهر ، بأن يقدم العدل على الفاسق والغنى على الفقير ، بل ظاهر تعليل الخانية بأنه أنفع للقيط عدم اختصاص الترجيح بالإسلام فيعم ماذكر ، فيقضى به للعدل والغنى حيث كان هو الأنفع ، ولذا قال فى البحر : وهو يفيد أنه إن أمكن الترجيح اختص به الراجح اهـ . وعلى هذا يحمل قوله ولو استويا أى فى صفات الترجيح كلها (قوله استحسانا) والقياس أن لاتصح دعواهما ، أما الملتقط فلتناقضه ، وأما غيره فلأن فيه إبطال حق ثابت بمجرد دعوى أعنى الحفظ للملتقط وحق الولد للعامة. وجه الاستحسان أنه إقرار للصبى بماينفعه والتناقض لايضر فى دعوى النسب ، وإبطال حق الملتقط ضمنا ضرورة ثبوت النسب ، وكم من شىء يثبت ضمنا لاقصدا ، ألا ترى أن شهادة القابلة بالولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاقه للإرث ، ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح نهر (قوله لو حيا) أى لو كان اللقيط حيا وهو مرتبط بقوله بمجرد دعواه (قوله وإلا فبالبينة) أى وإن كان اللقيط ميتا وترك مالا أو لم يترك فادعى رجل بعد موته أنه ابنه لايصدق إلا بحجة بحر عن الخانية أى لاحتمال ظهور مال له ، ولعل وجه الفرق أن دعوى الحى تتمحض للنسب ، بخلاف الميت لاستغنائه عنه بالموت فصارت دعوى الإرث ، ثم رأيته صريحا فى الفتح . وأيضا فإنه فى دعوى الحى غير متهم لإقراره على نفسه بوجوب النفقة. تأمل (قوله ومن اثنين مستويين) أى إذا ادعياه معا فلو سبق أحدهما فهو ابنه مالم يبرهن الآخر ، وقيد الاستواء ، إذ لو كان لأحدهما مرجح ، فهو أولى كملتقط وخارج فيحكم به للملتقط ولو ذميا وبإسلام الولد ؛ ولو خارجين يقدم من برهن على من لم يبرهن ، والمسلم على الذمى ، والحر على العبد ، والذمى الحر على العبد المسلم ، أفاده فى البحر ، وكأن الشارح ترك التقييد بالمعية لكون الأسبق له مرجح وهو السبق لعدم المنازع ، ومن المرجح وصف أحدهما علامة كما يأتى (قوله كولد أمة مشتركة) أى فإنه لو ادعاه كل من الشريكين أو الشركاء معا ثبت من الكل ، فهو تشبيه لمسألة المتن بهذه كما نبه عليه فى الدر المنتقى

وعبارة المنية : ادعاه أكثر من اثنين فعن الإمام أنه إلى خمسة ظاهرة فى عدم قبول دعوى الزائد . ولا يشترط اتحاد الإمام نهر ، لكن فى القهستانى عن النظم مايفيد ثبوته من الأكثر فليحرر .

(ولو ادعته امرأة) واحدة (ذات زوج ، فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو قامت بينة) ولو رجلا وامرأتين على الولادة (صحت) دعوتها (وإلا لا) لما فيه من تحمل النسب على الغير (وإن لم يكن لها زوج فلابد من شهادة رجلين ؛ ولو ادعته امرأتان وأقامت إحداهما البينة فهى أولى به ، وإن أقامتا جميعا فهو ابنهما) خلافا لهما الكل من الخانية (وإن) ادعاه خارجان و (وصف أحدهما علامة به) أى بجسده لابثوبه (ووافق فهو أحق) إذا لم يعارضها أقوى أقوى منها ، كبينة الآخر وحريته وسبقه

لاتقييد لما فى المتن بما إذا ادعاه كل من الملتقطين من جارية مشتركة ، خلافا لما فهمه فى البحر من عبارة الخانية كمانبه عليه فى النهر ، ولذا قال بعده : ولايشترط اتحاد الأم ، وبه صرح فى التتارخانية كما يأتى (قوله وعبارة المنية) مبتدأ ومضاف إليه ، وقوله ادعاه الخ بدل من عبارة ، وقوله ظاهرة خبر المبتدأ ، ومثل مافى المنية مافى الفتح حيث قال : ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبى يوسف ، وهو رواية عن أحمد . وعند محمد لايلحق بأكثر من ثلاثة . وفى شرح الطحاوى ، وإن كان المدعى أكثر من اثنين ، فعن أبى حنيفة أنه جوزه إلى خمسة اه . قال فىالبحر : ولم أرتوجيه هذه الأقوال (قوله ولا يشترط اتحاد الأم) لما فىالنهر عن التتارخانية : لو عين كل واحد منهما امرأة أخرى قضى بالولد بينهما ، وهل يثبت نسب الولد من المرأتين على قياس قوله يثبت ، وعلى قولهما لا (قوله لكن فى القهستانى الخ) استدراك على مافى المنية وعبارة القهستانى هكذا : وفيه : أى فى قول النقاية : ولو رجلين إشارة إلى أنه لو ادعاه أكثر من رجلين لم يثبت منه ، وهذا عند أبى يوسف . وأما عند محمد فيثبت من الثلاث لاالأكثر . وعند أبى حنيفة يثبت من الأكثر اه فقوله من الأكثر يشمل مافوق الخمسة لكن حيث قيده غيره بالخمسة يحمل إطلاقه عليه لأنه صريح (قوله ولو رجلا وامرأتين) لعله أتى بالمبالغة إشارة إلى أن قوله الآتى فلابد من شهادة رجلين ليس المراد به الحصر فى الرجلين بل المراد به نصاب الشهادة فهو نفى لقبول شهادة الفرد ، فلا ينافى قبول شهادة رجل وامرأتين لأن الشهادة على النسب لايشترط فيها الرجال بخلاف نحو الحدود والقود فافهم (قوله على الغير) أى على الزوج لأنه يلزم من ثبوته منها ثبوته منه لأن الولد للفراش (قوله فلا بد من شهادة رجلين) ذكر فىالنهر أن هذا يخالف مافىالمنية من أنها تصدق و لو ادعت أنه ابنها منه اه . وذكر فى الخانية الفرق بين هذا وبين قبول دعوى الرجل بلا بينة ، وهو أن فى قبول قول الرجل دفع العار عن اللقيط ، وليس ذلك فى دعوى المرأة فلا يقبل قولها بلا بينة اه ولذا قبل قولها بتصديق الزوج وشهادة القابلة لأنه يثبت نسبه من الزوج فيندفع عنه العار أى عاره بكونه لا أب له فإنه مظنة كونه ابن زنا (قوله خلافا لهما) فعندهما لايكون لواحدة منهما ، لكن عن محمد روايتان : إحداهما كقول الإمام كما فىالبحر عن البدائع (قوله الكل من الخانية) أى ماذكر من مسائل دعوى المرأة والمرأتين (قوله وإن ادعاه خارجان) أى لايد لأحدهما عليه ، وقيد به لما فى البحر من أن ظاهر مافى الفتح تقديم ذى اليد على الخارج ذى العلامة (قوله أى بجسده) أى كشامة وسلعة (قوله لابثوبه) لأن الثوب غير ملازم له فلا يفيد التعيين ط .

قلت : وهذا ذكره فى النهر أخذا من مفهوم قول القدورى بجسده (قوله ووافق) قيد به لأنه لو لم يوافق فلا ترجيح وهو ابنهما ، وكذا لو أصاب فى البعض دون البعض أو وصفا ولم يصب واحد منهما ، أما لو أصاب أحدهما دون الآخر فهو لمن أصاب بحرعن الظهيرية (قوله وسبقه) أى لو كانت دعوى أحدهما سابقة على الآخر

وسنه إن أرّخا ، فإن اشتبه فبينهما وإسلامه ولو ادعى أحدهما انه ابنه والآخر أنه ابنته فإذا هو خنثى ، فلومشكلا قضى لهما وإلا فلمن ادعى أنه ابنه ؛ ولو شهد للمسلم ذميان وللذمى مسلمان قضى به للمسلم تتارخانية :

(و) يثبت نسبه (من ذمى و) لكن (هو مسلم) استحسانا فينزع من يده قبيل عقل الأديان مالم يبرهن بمسلمين أنه ابنه فيكون كافرا نهر (إن لم يكن) أى يوجد (فى مكان أهل الذمة) كقريتهم أو بيعة أو كنيسة والمسألة رباعية ، لأنه إما أن يجده مسلم فى مكاننا فمسلم ، أو كافر فى مكانهم فكافر ، أو كافر فى مكاننا أو عكسه فظاهر الرواية اعتبار المكان لسبقه اختيار (و) يثبت (من عبد وهو حر) وإن ادعى أنه ابنه من زوجته الأمة عند محمد وكلام الزيلعى ظاهر فى اختياره :

(ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الأمة فالذى يدعيه من الحرة أولى)

كان ابنه ولو وصف الثانى علامة لثبوته فى وقت لامنازع له فيه اه فتح : فعلم أن المراد السبق فى الدعوى لافى وضع اليد ، لأن الكلام فى الخارجين فافهم (قوله وحريته) ذكره فى النهر بحثا (قوله وسنه إن أرخا ، فإن اشتبه فبينهما) هذا يوجد فى بعض النسخ : قال فى البحر : وفى الظهيرية : رجلان ادعياه وأرخت بينة كل منهما يقضى لمن يشهد له سن الصبى ، فلو السن مشتبها فعلى قولهما يسقط اعتبار التاريخ ويقضى لهما . وعلى قوله ، فى رواية كذلك ، وفى أخرى لأسبقهما تاريخا . وفى التتارخانية : يقضى به بينهما فى عامة الروايات ، وهو الصحيح اه ملخصا وحيث كانت العلامة مرجحة فالظاهر اعتبارها هنا أيضا فيقضى به لذى العلامة . قال فى الفتح : وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما . وعند الشافعى يرجع إلى القافة (قوله قضى لهما) لأنه لم يظهر ترجيح أحدهما على الآخر فاستويا ، كما لو وصف به وصفا ولم يصب واحد منهما كما مر فافهم (قوله وإلا فلمن ادعى أنه ابنه) مقتضاه ولو ظهر أنه أنثى ، وهو مخالف للمسائل المارة ، ولذا قال المقدسى : ينبغى أنه لمن وافق :

قلت : على أن الذى رأيته فى التتارخانية : وإن لم يكن مشكلا وحكم بكونه ابنا فهو للذى يدعى أنه ابنه اه وهذا لا إشكال فيه ، والشارح تبع فى التعبير صاحب البحر ، وفيه اختصار مخل (قوله قضى به للمسلم) لأن الذميين شهدا على ذمى والمسلمين على مسلم فصحت الشهادتان وترجح المسلم اه ح (قوله استحسانا) والقياس أن لايثبت نسبه لأن فيه نفى إسلامه الثابت بالدار . وجه الاستحسان أن دعواه تضمنت شيئين : النسب وهو نفع للصغير ونفى الإسلام الثابت بالدار وهو ضرر به ، وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر ، بأن أسلمت أمه فصححنا دعواه فيما ينفعه دون مايضره فتح (قوله مالم يبرهن) وذكر ابن سماعة عن محمد : لو عليه زى أهل الشرك كصليب ونحوه فهو ابنه وهو نصرانى فتح (قوله بمسلمين) فلو أقام بينة من أهل الذمة لايكون ذميا ، لأنا حكمنا بإسلامه فلا يبطل هذا الحكم بهذه البينة لأنها شهادة قامت فى حق الدين على مسلم فلاتقبل بحر عن الخانية (قوله أو عكسه) أى مسلم فى مكانهم (قوله فظاهر الرواية اعتبار المكان) أى فى الصورتين وفى بعض نسخ المبسوط اعتبر الواجد ، وفى بعضها اعتبر الإسلام أى ما يصير به الولد مسلما نظرا له ، ولا ينبغى أن يعدل عن ذلك . وقيل يعتبر بالسيما والزى فتح : وعلى ما رجحه فى الفتح يصير مسلما فى ثلاث صور ، وذميا فى صورة واحدة وهى مالو وجده ذمى فى مكانهم وهو ظاهر الكنز وغيره . وقال فى البحر أيضا : ولايعدل عنه (قوله لسبقه) أى سبق المكان على يد الواجد (قوله وهو حر) أى إلا بحجة رقه كما قدمه المصنف (قوله عند محمد) وقال أبو يوسف : يكون عبدا لأنه يستحيل أن يكون الولد حرا بين رقيقين : قلنا : لايستحيل لجواز عتقه قبل

لثبوته من الجانبين زيلعى (وإن وجد معه مال فهو له) عملا بالظاهر ولو فوقه أو تحته أو دابة هو عليها ، لاما كان بقربه (فيصرفه الواجد) أو غيره (إليه بأمر القاضى) فى ظاهر الرواية لأنه مال ضائع :

(ولو قرر القاضى ولاءه للملتقط صح) ظهيرية لأنه قضاء فى فصل مجتهد فيه ، نعم له بعد بلوغه أن يوالى من شاء مالم يعقل عنه بيت المال خانية (ويدفعه فى حرفة ويقبض هبته) وصدقته (وليس له ختنه) فلو فعل فهلك ضمن ، ولو علم الختان أنه ملتقط ضمن ذخيرة (وله نقله حيث شاء) وينبغى منعه من مصر إلى قرية بحر (ولا ينفذ للملتقط عليه نكاح وبيع و) كذا (إجارة) فى الأصح ، لأن الولاية عليه فى ماله ونفسه للسلطان ، لحديث « السلطان ولىّ من لاولىّ له » :

الانفصال وبعده ، فلا تبطل الحرية بالشك زيلعى وتمامه فى النهر (قوله لثبوته من الجانبين) فيه أن النسب يثبت من جانب الأم أيضا سواء كانت الأمة زوجة له أو مملوكة له ، فالمراد ثبوت أحكامه كما عبر به الزيلعى : أى كالإرث وحق الحضانة ووجوب النفقة ونحو ذلك ، وهذا مختص بالحرة فكانت هذه البينة أكثر إثباتا (قوله عملا بالظاهر) أورد عليه أن الظاهر يصلح للدفع لا للإثبات . قلنا نعم يدفع بهذا الظاهر دعوى ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه بقيام يده مع حريته المحكوم بها ، أفاده فى الفتح (قوله ولو فوقه أو تحته) دخل فيه الدراهم الموضوعة عليه ، وينبغى أن تكون الدراهم التى فوق فراشه أو تحته له كلباسه ومهاده ودثاره ، بخلاف المدفونة تحته ولم أره بحر (قوله أو دابة) بالنصب عطفا على فوقه : أى ولو كان ذلك المال دابة هو عليها اهـ ح (قوله لاما كان بقربه) فى بعض النسخ لامكان بقربه ، وعليها كتب ح فقال الظاهر أنه سقط لفظ فى والأصل لافى مكان بقربه عطفا على فوقه اهـ : قال فى النهر وبه عرف أن الدار التى هو فيها : وكذا البستان لايكون له بالأولى اهـ وقد توقف فيه فى البحر بعد أن نقل عن الشافعية أن الدار له وفى البستان وجهان (قوله لأنه مال ضائع) قال فى الفتح : أى لاحافظ له ومالكه وإن كان معه فلا قدرة له على الحفظ ، وللقاضى ولاية صرف مثله إليه وكذا لغير الواجد بأمره ، والقول له فى نفقة مثله وقيل له صرفه عليه بغير أمر القاضى (قوله ولو قرر القاضى ولاءه للملتقط صح) أى بأن يقول له جعلت ولاء هذا اللقيط لك ترثه إذا مات وتعقل عنه إذا جنى (قوله لأنه قضاء فى فصل مجتهد فيه) فإن من العلماء من قال إن الملتقط يشبه المعتق من حيث أنه أحياه كالمعتق ، فعلى هذا لايكون متبرعا بالإنفاق بغير أمر القاضى إذا أشهد ليرجع كالوصى بحر من كتاب اللقطة ط (قوله نعم له الخ) ظاهره أن له ذلك ولو بعد ماقرر القاضى ولاءه للملتقط ، والظاهر خلافه لأنه تأكد بالقضاء ، وقد راجعت عبارة الخانية فرأيته ذكر المسألة الثانية ولم يذكر مسألة تقرير القاضى (قوله مالم يعقل عنه بيت المال) فإن جنى ثم عقل عنه تقرر إرثه له ، لأن الغنم بالغرم (قوله ويدفعه فى حرفة) ينبغى أن يقال ماقيل فى وصى اليتيم أنه يعلمه العلم أولا ، فإن لم يجد فيه قابلية سلمه لحرفة نهر (قوله ويقبض هبته وصدقته) أى ماوهبه له الغير أو تصدق به عليه إذا كان فقيرا (قوله وليس له ختنه) الظاهر أن هذا لو بدون إذن السلطان أو نائبه ، فلو أذن صح لأن ولايته له كما يأتى ، ولذا كان لوصى اليتيم أن يختنه (قوله ولو علم الختان الخ) نقله فى البحر عن الذخيرة بقيل (قوله ولاينفذ للملتقط عليه نكاح) لأنه يعتمد الولاية من القرابة والملك والسلطنة ، ولا وجود لواحد منها نهر ، وقدم الشارح أن مهره فى بيت المال إذا زوجه السلطان (قوله وبيع) أى بيع ماله ، وكذا شراء شىء ليستحق الثمن دينا عليه ، لأن الذى إليه ليس إلا الحفظ والصيانة ، ومامن ضروريات ذلك اعتبارا بالأم فإنها لايجوز لها ذلك مع أنها تملك تزويجه عند عدم العصبة وتمامه فى الفتح (قوله فى الأصح) لأنه يملك إتلاف منافعه ولا يملك تمليكها فأشبه العم ، بخلاف الأم لأنها تملك

[فروع] لو باع أو كفل أو دبر أو كاتب أو أعتق أو وهب أو تصدق وسلم ثم أقر أنه عبد لزيد لايصدق فى إبطال شىء من ذلك لأنه متهم ، وتمامه فى الخانية ؛ ومجهول نسب كلقيط :

كتاب اللقطة

(هى) بالفتح وتسكن : اسم وضع للمال الملتقط عينى . وشرعا مال يوجد ضائعا ابن كمال : وفى التتارخانية

إتلاف منافعه بالاستخدام والإعارة بلا عوض فبالعوض بالإجارة أولى فتح ، وقوله ولا يملك تمليكها يشمل مالإذا آجره ليأخذ الأجرة لنفسه أو للقيط ، بل المتبادر الثانى لأن الأول معلوم من قوله لايملك إتلاف منافعه : وعليه فيشكل قول القهستانى : لايجوز أن يؤجره ليأخذ الأجرة لنفسه مع أنه خلاف إطلاق المتون : وعلى هذا فلا يصح أن يحمل مقابل الأصح من جواز إيجاره على مالإذا آجره ليأخذ الأجرة لنفسه توفيقا بين القولين فافهم (قوله لو باع الخ) أى اللقيط بعد بلوغه (قوله وسلم) قيد فى وهب وتصدق لأن به يحصل الملك للموهوب له والمتصدق عليه (قوله لايصدق فى إبطال شئ من ذلك) مفهومه أنه يصدق فى إقراره بالرق لزيد ، وهذا إذا كان زيد يدعيه وكان قبل أن يقضى عليه بما لايقضى به إلا على الأحرار كالحد الكامل ونحوه ، فلو بعد القضاء بنحو ذلك لايقبل لأن فيه إبطال حكم الحاكم ولأنه مكذب شرعا فهو كما لو كذبه زيد ، ولو كانت اللقيطة امرأة لها زوج كانت أمة للمقر له ، ولا تصدق فى إبطال النكاح ، ولو كان رجلا عليه مهر لزوجته لايصدق فى إبطاله لأنه دين ظهر وجوبه اهـ فتح ملخصا ، وتمامه فى البحر : وفيه عن التتارخانية ، إذا أقر أنه عبد لايصدق على إبطال شئ كان فعله إلا النكاح لأنه زعم أنه لم يصح لعدم إذن من يزعم أنه مولاه فيؤاخذ بزعمه بخلاف المرأة لايبطل نكاحها اهـ (قوله ومجهول نسب كلقيط) أى فيما ذكر من الإقرار لافى جميع أحكامه كما لايخفى ، وهذه المسألة ستأتى فى آخر كتاب الإقرار بتفاصيلها إن شاء الله تعالى والله سبحانه أعلم :

كتاب اللقطة

تقدم وجه تقديم اللقيط عليها : وقال فى العناية : هما متقاربان لفظا ومعنى ، وخص اللقيط ببنى آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما ، وقدم الأول لشرف بنى آدم (قوله بالفتح) أى فتح القاف مع ضم اللام وبفتحهما كما فى القاموس (قوله وتسكن) قال الأزهرى : الفتح قول جميع أهل اللغة وحذاق النحويين . وقال الليث : هى بالسكون ، ولم أسمعه لغيره . ومنهم من يعد السكون من لحن العوام مصباح (قوله اسم وضع للمال الملتقط) فهو حقيقة لامجاز ، وهذا هو المتبادر من كتب اللغة ، لكن اختار فى الفتح أنها مجاز لأنها بالفتح وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة لكثير الهمز واللمز ، وبالسكون للمفعول كضحكة وهزأة لمن يضحك منه ويهزأ به ، وإنما قيل للمال لقطة بالفتح ، لأن الطباع فى الغالب تبادر إلى التقاطه لأنه مال فصار باعتبار أنه داع إلى أخذه لمعنى فيه كأنه الكثير الالتقاط مجازا وإلا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط ، وماعن الأصمعى وابن الأعرابى أنه بالفتح اسم للمال أيضا محمول على هذا اهـ (قوله وشرعا مال يوجد ضائعا) الظاهر أنه مساو للمعنى اللغوى المذكور ، ومثله قول المصباح : الشىء الذى تجده ملقى فتأخذه ، ويدل عليه أن ابن كمال لم يذكر المعنى اللغوى ، وهو ظاهر كلام الفتح أيضا : وعليه فلا يلزم فى حقيقتها عدم معرفة المالك ولا عدم الإباحة. أما الأول فلأنه إذا وجب رده إلى مالكه الذى ضاع منه لايخرج عن كونه لقطة . وأما كونها يجب تعريفها فذاك إذا لم يعرف مالكها ، إذلايلزم اتحاد الحكم فى جميع أفراد الحقيقة كالصلاة وغيرها . وأما المباح كالساقط من حربى فكذلك ، ومثله

عن المضمرات : مال يوجد ولا يعرف مالكه ، وليس بمباح كمال الحربى . وفى المحيط (رفع شىء ضائع للحفظ على الغير لاللتمليك) وهذا يعم ماعلم مالكه كالواقع من السكران ، وفيه أنه أمانة لالقطة لأنه لايعرف بل يدفع لمالكه (لدب رفعها لصاحبها) إن أمن على نفسه تعريفها وإلا فالترك أولى : وفى البدائع وإن أخذها لنفسه حرم لأنها كالغصب (ووجب) أى فرض فتح وغيره (عند خوف ضياعها)

مايلقط من الثمار كجوز ونحوه كما يأتى ، فهو يسمى لقطة شرعا ولغة وإن لم يجب تعريفه ولارده إلى مالكه : وبه علم مغايرة هذا التعريف لما بعده ، ولاضرر فى ذلك فافهم (قوله مال يوجد الخ) فخرج ماعرف مالكه فليس لقطة بدليل أنه لايعرف بل يرد إليه ،وبالأخير مال الحربى : لكن يرد عليه ما كان محرزا بمكان أوحافظ فإنه داخل فى التعريف ، فالأولى أن يقال هو مال معصوم معرض للضياع بحر :

وأقول : الحرز بالمكان ونحوه خرج بقوله يوجد أى فى الأرض ضائعا ، إذلايقال فى المحرز ذلك . على أنه فى المحيط جعل عدم الإحراز من شرائطها وعرفها بما يأتى ، وهذا يفيد أن عدم معرفة المالك ليس شرطا فى مفهومها نهر (قوله رفع شىء الخ) هذا تعريف لها بالمعنى المصدرى : أعنى الالتقاط لأنه لازمها ، وهذا يقع فى كلامهم كثيرا ، ومنه الأضحية فإنها اسم لما يضحى به : وعرفوها شرعا بذبح حيوان مخصوص الخ وهذا التعريف يخرج ما كان مباحا (قوله لاللتمليك) الأولى لاللتملك (قوله وفيه أنه أمانة لالقطة الخ) فيه نظر ، فإن اللقطة أيضا أمانة ، وعدم وجوب تعريفه لايخرجه عن كونه لقطة كما قدمنا لأنه وإن علم مالكه فهو مال ضائع : أى لاحافظ له نظير مامر فى المال الذى يوجد مع اللقيط . وفى القاموس : ضاع الشىء صار مهملا ، ولهذا ذكر فى النهر أن هذا الفرع يدل على مااستفيد من هذا التعريف من أن عدم معرفة المالك ليس شرطا فى مفهومها (قوله ندب رفعها) وقيل الأفضل عدمه : والصحيح الأول ، وهو قول عامة العلماء خصوصا فى زماننا كما فى شرح الوهبانية :

قلت : ويمكن التوفيق بالأمن وعدمه (قوله إن أمن على نفسه تعريفها) أى عدم تعريفها كما لايخفى اهـ ح أى لأن الأمن مما يخاف منه والمخوف عدم التعريف لاالتعريف ، إلا أن يدعى تضمين أمن على نفسه معنى وثق منها تأمل (قوله وإلا) أى وإن لم يأمن بأن شك ، فلا ينافى مافى البدائع لأنه فيما إذا أخذها لنفسه ، فإذا تيقن من نفسه منعها من صاحبها فرض الترك ، وإذا شك ندب أفاده ط لكن إن أخذها لنفسه لم يبرأ من ضمانها إلا بردها إلى صاحبها كما فى الكافى (قوله لأنها كالغصب) أى حكما من جهة الحرمة والضمان ، وإلا فحقيقة الغصب رفع اليد المحقة ووضع المبطلة ، ولايد محقة هنا تأمل (قوله ووجب أى فرض) ظاهره أن المراد الفرض القطعى الذى يكفر منكره ، وفيه نظر . على أنه فى الفتح لم يفسر الوجوب بالافتراض كما فعل الشارح ، بل قال وإن غلب على ظنه ذلك : أى ضياعها إن لم يأخذها ففى الخلاصة يفترض الرفع اهـ تأمل (قوله فتح وغيره) أى كالخلاصة والمجتبى ، لكن فى البدائع أن الشافعى قال إنه واجب وهو غير سديد ، لأن الترك ليس تضييعا بل امتناع عن حفظ غير ملتزم كالإمتناع عن قبول الوديعة اهـ وأشار فى الهداية إلى التبرى من الوجوب بقوله وهو واجب إذا خاف الضياع على ماقالوا بحر ملخصا ، وجزم فى النهر بأن مافى البدائع شاذ وأن مافى الخلاصة جرى عليه فى المحيط والتتارخانية والاختيار وغيرها اهـ :

قلت : وكذا فى شرح الوهبانية تبعا للذخيرة (قوله عند خوف ضياعها) المراد بالخوف غلبة الظن كمانقلناه

كما مر ، لأن لمال المسلم حرمة كما لنفسه ، فلو تركها حتى ضاعت أثم، وهل يضمن؟ ظاهر كلام النهر لا ، وظاهر كلام المصنف نعم لما فى الصيرفية : حمار يأكل حنطة إنسان فلم يمنعه حتى أكل . قال فى البدائع : الصحيح أنه يضمن انتهى . وفى الفتح وغيره : لو رفعها ثم ردها لمكانها لم يضمن فى ظاهر الرواية . وصح التقاط صبى وعبد ، لامجنون ومدهوش ومعتوه وسكران لعدم الحفظ منهم

آنفا عن الفتح ، وهذا إذا أمن على نفسه وإلا فالترك أولى كما فى البحر عن المحيط تأمل (قوله كمامر) أى فى اللقيط من قوله التقاطه فرض كفاية إذا غلب على ظنه هلاكه لو لم يرفعه ، ولو لم يعلم به غيره ففرض عين اه وينبغى هذا التفصيل هنا حموى (قوله فلو تركها) أى وقد أمن على نفسه وإلا فالترك أفضل ط (قوله ظاهر كلام النهر لا) الأولى أن يقول استظهر فى النهر لا ، وأصله لصاحب البحر استدلالا بما فى جامع الفصولين : لو انفتح زق فمر به رجل فلو لم يأخذه برئ ، ولو أخذه ثم ترك ضمن لو مالكه غائبا لا لو حاضرا ، وكذا لو رأى ماوقع من كم رجل اه . فقوله وكذا يدل على أنه لايضمن بترك أخذه ، لكنه يدل على أنه لو أخذه ثم تركه يضمنه ، وهو خلاف ما يأتى قريبا عن الفتح ، والفرق بينه وبين الزق أن الزق إذا انفتح ثم تركه بعد أخذه لابد من سيلان شئ منه فالهلاك فيه محقق ، بخلاف الواقع من الكم لو تركه بعد أخذه لاحتمال أن يلتقطه أمين غيره .

[تنبيه] أفاد أنه لا يلزم من الإثم الضمان ، واستدل له فى البحر بما قالوا لو منع المالك عن أمواله حتى هلكت يأثم ولا يضمن اه .

قلت : وكذا لوحل دابة مربوطة ولم يذهب بها فهربت أو فتح باب قفص فيه طير أو دار فيها دواب فذهبت فلا يضمن ، بخلاف ما إذا حل حبلا علق فيه شئ أو شق زقا فيه زيت كما فى كافى الحاكم لأن السقوط والسيلان محقق بنفس الحل والشق ، بخلاف ذهاب الدواب أو الطير فإنه بفعلها لا بنفس فتح الباب ، ومثله ترك اللقطة بعد أخذها فإن هلاكها ليس بالترك بل بفعل الآخذ بعده ، وكذا لو تركها قبل أخذها بالأولى ، بخلاف ترك الزق المنفتح بعد أخذه فإن سيلانه بتركه ، أما لو تركه قبل أخذه فإنه لاينسب سيلانه إليه أصلا (قوله لما فى الصيرفية الخ) ذكر الزاهدى هذا الفرع بلفظ ، رأى حماره . قال الخير الرملى : فلو الحمار لغيره أفتيت بعدم الضمان اه ولايخفى ظهور الفرق بين حماره وحمار غيره ، فإنه إذا كان الحمار له وتركه صار الفعل منسوبا إليه والنفع عائدا عليه ، بخلاف حمار غيره فإنه وإن كان الإتلاف محققا وهو يشاهده لكنه لاينتفع به فهو كما لو رأى زقا منفتحا كما مر ؛ وإذا لم يضمن هنا لايضمن بترك اللقطة بالأولى لعدم تحقق التلف به كما قلنا فافهم (قوله لم يضمن فى ظاهر الرواية) هذا إذا أخذها ليعرفها فلو ليأكلها لايبرأ مالم يردها إلى ربها كما فى [نور العين] عن الخانية ، وقدمناه عن كافى الحاكم ، وأطلقه فشمل ما إذا ردها قبل أن يذهب بها أو بعده . قال فى الفتح : وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها ، فلو بعده ضمن ، وبعضهم ضمنه مطلقا ، والوجه ظاهر المذهب اه وشمل أيضا مالو خاف بإعادتها الهلاك ، وهو مؤيد لما استظهره فى النهر كما مر (قوله وصح التقاط صبى وعبد) أى ويكون التعريف إلى ولى الصبى كما فى المجتبى . وينبغى أن يكون التعريف إلى مولى العبد كالصبى بجامع الحجر فيهما ، أما المأذون والمكاتب فالتعريف إليهما نهر . وصح أيضا التقاط الكافر لقول الكافى : لو أقام مدعيها شهودا كفارا على ملتقط كافر قبلت اه . وعليه فتثبت الأحكام من التعريف والتصدق بعده أو الانتفاع ، ولم أره صريحا بحر (قوله لامجنون الخ) مأخوذ من قوله فى النهر ينبغى أن لايتردد فى اشتراط كونه عاقلا صاحيا فلا يصح التقاط المجنون الخ ، لكن الشارح زاد عليه المعتوه ، وقدمنا أول باب المرتد أن حكمه حكم الصبى العاقل ، ومقتضاه صحة التقاطه تأمل . قال ط : وفائدة عدم صحة التقاط

(فإن أشهد عليه) بأنه أخذه ليرده على ربه ويكفيه أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على (وعرّف) أى نادى عليها حيث وجدها وفى المجامع (إلى أن علم أن صاحبها لايطلبها أو أنها تفسد إن بقيت كالأطعمة) والثمار (كانت أمانة) لم تضمن بلا تعدّ فلو لم يشهد مع التمكن منه

المجنون ونحوه أنه بعد الإفاقة ليس له الأخذ ممن أخذها منه . ومفاد التعليل تقييد الصحة فى الصبى بالعقل اه (قوله فإن أشهد عليه) ظاهر المبسوط اشتراط العدلين فتح (قوله ويكفيه) أى فى الإشهاد أن يقول الخ ، وكذا قوله عندى ضالة أو شئ فمن سمعتموه الخ ، ولا فرق بين كون اللقطة واحدة أو أكثر لأنها اسم جنس ، ولا يجب أن يعين ذهبا أو فضة خصوصا فى هذا الزمان فتح ، وقوله أو شئ يدل على أنه لايشترط التصريح بكونه لقطة وبه صرح فى البحر عن الولوالجية (قوله ينشد) فى المصباح نشدت الضالة نشدا من باب قتل طلبتها : وكذا إذا عرّفتها والاسم لشدة ونشدان بكسرهما وأنشدتها بالألف عرفتها (قوله وعرف) معطوف على أشهد ، فظاهره أن الإشهاد لايكفى لنفى الضمان ، وهكذا شرط فى المحيط لنفى الضمان الإشهادوإشاعة التعريف : وحكى فيه فى الظهيرية اختلافا : فقال الحلوانى يكفى عن التعريف إشهاده عند الأخذ بأنه أخذها ليردها وهو المذكور فى السير . ومنهم من قال يأتى على أبواب المساجد وينادى :

وحاصله أن الإشهاد لابد منه على قول الإمام باتفاقهم ، والخلاف فى أنه هل يكفى عن التعريف بعده أولا ؟ ولم يقل أحد إن التعريف بعد الأخذ يكفى عن الإشهاد وقت الأخذ خلافا لما فهمه فى الفتح ، هذا حاصل مافى البحر والنهر (قوله أى نادى عليها الخ) أشار إلى أن المراد بالتعريف الجهر به كما فى الخلاصة لا كما فعله بعضهم حيث دلى رأسه فى بئر خارج المصر فنادى عليها فاتفق أن صاحبها كان هناك فسمعه كما حكاه السرخسى ، ومر أن لقطة الصبى يعرفها وليه ، زاد فى القنية أو وصيه ، وهل للملتقط دفعها إلى غيره ليعرّفها فقيل نعم إن عجز ، وقيل لا مالم يأذن القاضى بحر ملخصا . وفى القهستانى : له دفعها لأمين ، وله استردادها منه ، وإن هلكت فى يده لم يضمن (قوله وفى المجامع) أى محلات الاجتماع كالأسواق وأبواب المساجد بحر ، وكبيوت القهوات فى زماننا (قوله إلى أن علم أن صاحبها لايطلبها) لم يجعل للتعريف مدة اتباعا للسرخسى فإنه بنى الحكم على غالب الرأى ، فيعرف القليل والكثير إلى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لايطلبه ، وصححه فى الهداية ، وفى المضمرات والجوهرة ، وعليه الفتوى وهو خلاف ظاهر الرواية من التقدير بالحول فى القليل والكثير كما ذكره الإسبيجابى ، وعليه قيل يعرّفها كل جمعة وقيل كل شهر ، وقيل كل ستة أشهر بحر :

قلت : والمتون على قول السرخسى ، والظاهر أنه رواية أو تخصيص لظاهر الرواية بالكثير تأمل . قال فى الهداية فإن كانت شيئا يعلم أن صاحبها لايطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون إلقاؤه إباحة ، حتى جاز الانتفاع به بلا تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه ، لأن التمليك من المجهول لايصح . وفى شرح السير الكبير : لو وجد مثل السوط والحبل فهو بمنزلة اللقطة ، وماجاء فى الترخيص فى السوط فذاك فى المنكسر ونحوه ممالاقيمة له ولايطلبه صاحبه بعدماسقط منه وربما ألقاه مثل النوى وقشور الرمان وبعر الإبل وجلد الشاة الميتة . أما مايعلم أن صاحبه يطلبه فهو بمنزلة اللقطة والدابة العجفاء التى يعلم أن صاحبها تركها إذا أخذها إنسان فعليه ردها استحسانا ، لأن صاحبها إنما تركها عجزا فلا يزول ملكه عنها بذلك ، والسوط إنما ألقاه رغبة عنه لقدرته على حمله ؛ ولو ادعى على صاحب الدابة أنك قلت من أخذها فهى له فالقول لصاحبها بيمينه إلا إذا نكل أو برهن الآخذ فهى له ، وإن لم يكن حاضرا حين هذه المقالة وبعد صحة الهبة إذا سمنت الدابة فى يده فليس للواهب الرجوع لأن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع اه ملخصا (قوله كانت أمانة) جواب قوله فإن أشهد الخ (قوله مع التمكن منه) أى من الإشهاد ؛ أما لو لم يجد من يشهده عند الرفع

أو لم يعرّفها ضمن إن أنكر ربها أخذه للرد وقبل الثانى قوله بيمينه وبه نأخذ حاوى ، وأقره المصنف وغيره (ولو من الحرم أو قليلة أو كثيرة) فلا فرق بين مكان ومكان ولقطة ولقطة (فينتفع) الرافع (بها لو فقيرا وإلا تصدق بها على فقير ولو على أصله وفرعه وعرسه ، إلا إذا عرف أنها لذمى

أو خاف أنه لو أشهد عنده يأخذه منه الظالم فتركه لا يضمن بحر عن الخانية (قوله أو لم يعرّفها) مبنى على ما مر من أن الإشهاد لا يكفى عن التعريف (قوله إن أنكر ربها) أما لو صدّقه فلا ضمان إجماعا بحر (قوله وبه نأخذ الخ) وكذا ذكر الطحاوى كما فى النهر عن الإتقانى .

قال فى البحر : وفى الولوالجية : محل الاختلاف فيما إذا اتفقا على كونها لقطة لكن اختلفا هل التقطها للمالك أولا أما إذا اختلفا فى كونها لقطة فقال المالك أخذتها غصبا وقال الملتقط لقطة وقد أخذتها لك فالملتقط ضامن بالإجماع (قوله ولو من الحرم) لإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام «اعرف عفاصها» أى وعاءها ووكاءها أى رباطها « وعرفها سنة» وأما قوله عليه الصلاة والسلام فى مكة « ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد » فقال فى الفتح لا يعارضه ، لأن معناه لا يحل إلا لمن يعرف ولا يحل لنفسه ، وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ما وجد بها من لقطة فالظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا ، فلا يفيد التعريف فيسقط (قوله ولقطة ولقطة) أى لا فرق بينهما : أى في وجوب أصل التعريف ليناسب قوله إلى أن علم أن صاحبها لا يطلبها فإنه يقتضى تعريف كل لقطة بما يناسبها ، بخلاف ما مر عن ظاهر الرواية من التعريف حولا للكل (قوله فينتفع الرافع) أى من رفعها من الأرض : أى التقطها وأتى بالفاء ، فدل على أنه إنما ينتفع بها بعد الإشهاد والتعريف إلى أن غلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها ، والمراد جواز الانتفاع بها والتصدق ، وله إمساكها لصاحبها . وفى الخلاصة له بيعها أيضا وإمساك ثمنها ثم إذا جاء ربها ليس له نقض البيع لو بأمر القاضى ، وإلا فلو قائمة له إبطاله ؛ وإن هلكت ، فإن شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ بيعه فى ظاهر الرواية وله دفعها للقاضى فيتصدق بها أو يقرضها من ملىء أو يدفعها مضاربة ، والظاهر أن له البيع أيضا . وفى الحاوى القدسى الدفع إلى القاضى أجود ليفعل الأصلح . وفى المجتبى : التصدق بها فى زماننا أولى ، وينبغى التفصيل بين من يغلب على الظن ورعه وعدمه نهر ملخصا .

[تنبيه] ظاهر كلامهم متونا وشروحا أن حل الانتفاع للفقير بعد التعريف لا يتوقف على إذن القاضى ، ويخالفه ما فى الخانية من أنه لا يحل ذلك للفقير بلا أمره عند عامة العلماء . وقال بشر يحل اهـ بحر ، ومثله فى الشرنبلالية عن البرهان ، نعم فى الهداية والعناية جواز الانتفاع للغنى بإذن الإمام لأنه مجتهد فيه ، ويأتى قريبا عن النهر . وفى النهر : معنى الانتفاع بها صرفها إلى نفسه كما فى الفتح ، وهذا لا يتحقق ما بقيت فى يده لا تملكها كما توهمه فى البحر لأنها باقية على ملك صاحبها ما لم يتصرف بها ، حتى لو كانت أقل من نصاب وعنده ما تصير به نصابا حال عليه الحول تحت يده لا يجب عليه زكاة اهـ .

قلت : مقتضاه أنها لو كانت ثوبا فلبسه لا يملكها مع أنه يصدق عليه أنه صرفها إلى نفسه ، فمراد البحر التصرف بها على وجه التملك ، فلو دراهم يكون بإنفاقها وغيرها بحسبه ، فهو احتراز عن التصرف بطريق الإباحة على ملك صاحبها ، ولذا قال : وإنما فسرنا الانتفاع بالتملك لأنه ليس المراد الانتفاع بدونه كالإباحة ولذا ملك بيعها وصرف الثمن إلى نفسه كما فى الخانية اهـ (قوله لو فقيرا) قيد به لأن الغنى لا يحل له الانتفاع بها إلا بطريق القرض ، لكن بإذن الإمام نهر (قوله على فقير) أى ولو ذميا لا حربيا كما فى شرح السير . قال فى النهر : قالوا ولا يجوز على غنى ولا على طفله الفقير وعبده ، ولو فعل ينبغى أن لا يتردد فى ضمانه (قوله وفرعه) الضمير

فإنها توضع فى بيت المال) تتارخانية . وفى القنية : لورجي وجود المالك وجب الإيصاء (فإن جاء مالـكها) بعد التصدق (خير بين إجازة فعله ولو بعد هلاكها) وله ثوابها (أو تضمينه) والظاهر أنه ليس للوصى والأب إجازتها نهر .وفى الوهبانية : الصبى كبالغ فيضمن إن لم يشهد ، ثم لأبيه أو وصيه التصدق وضمانها فى مالهما لامال الصغير (ولو تصدق بأمر القاضى) فى الأصح (كما) له أن (يضمن القاضى) أو الإمام (لو فعل ذلك) لأنه تصدق بمال الغير بغير إذنه ذخيرة (أو) يضمن (المسكين وأيهما ضمن لايرجع به على صاحبه) ولو العين قائمة أخذها من الفقير (ولا شيء للملتقط) لمال أو بهيمة أو ضال (من الجعل أصلا) إلا بالشرط كمن رده فله كذا فله أجر مثله تتارخانية كإجارة فاسدة .

عائد إلى الغنى المفهوم من قوله وإلاتصدق بها ، فلابد أن يراد بفرعه الـكبير الفقير ، لما علمت من أنه لايجوز على طفل الغنى ولو فقيرا (قوله توضع فى بيت المال) للنوائب بحر ط (قوله وفى القنية الخ) عبارتها : ومايتصدق به الملتقط بعد التعريف وغلبة ظنه أنه لايوجد صاحبه لايجب إيصاؤه ، وإن كان يرجو وجود المالك وجب الإيصاء اه والمراد الإيصاء بضمانها إذا ظهر صاحبها ولم يجز تصدق الملتقط لاالإيصاء بعينها قبل التصدق بها لـكنه مفهوم بالأولى فلذا عمم الشارح . وفى النهر : ثم إذا أمسكها وحضرته الوفاة أوصى بها ثم الورثة يعرفونها . قال فى الفتح ، ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أنهم يضمنون لأنهم وضعوا أيديهم على اللقطة ولم يشهدوا أى لم يعرفوا . قال فى البحر : وقد يقال إن التعريف عليهم غير واجب حيث عرفها الملتقط اه .

قلت : الظاهر أن كلام الفتح فيما إذا لم يشهد الملتقط ولم يعرفها بناء على ماقدمناه عنه من أن الشرط التعريف قبل هلاكها لاالإشهاد وقت الأخذ ، وتقدم مافيه (قوله بعد التصدق) أراد به مايشمل انتفاع الملتقط بها إذا كان فقيرا كما فى البحر (قوله أوتضمينه) فيملكها الملتقط من وقت الأخذ ويكون الثواب له خانية (قوله إجازتها) الأولى إجازته أى إجازة فعل الملتقط (قوله الصبى كبالغ) أى فى اشتراط الإشهاد . قال فى البحر : وفى القنية : وجد الصبى لقطة ولم يشهد يضمن كالبالغ اه .

قلت : والمراد مايشمل إشهاد وليه أووصيه (قوله ثم لأبيه أووصيه التصدق) أى بعد الإشهاد والتعريف كما فى القنية . قال فى البحر : وكذا له تمليكها للصبى او فقيرا بالأولى (قوله وضمانها فى مالهما) كذا بحثه فى شرح منظومة ابن وهبان للمصنف حيث قال : ينبغى على قول أصحابنا إذا تصدق بها الأب أو الوصى ثم ظهر صاحبها وضمنها أن يكون الضمان فى مالهما دون الصبى اه .

قلت : قد يؤيد بحثه بما يأتى من أن للملتقط تضمين القاضى تأمل . وبه يندفع بحث البحر بأن فى تصدقهما بها إضرارا بالصغير إذا حضر المالك والعين هالـكة من يد الفقير (قوله ولو تصدق بأمر القاضى) مرتبط بقوله أو تضمينه لأن أمر القاضى لايزيد على تصدقه بنفسه (قوله وأيهما ضمن لايرجع به على صاحبه) فإن ضمن الملتقط ملـكها الملتقط من وقت الأخذ ويكون الثواب له خانية . وبه علم أن الثواب موقوف بحر (قوله أوضال) الضال : هو الإنسان ، والضالة الحيوان الضائع من ذكر أو أنثى ، ويقال لغير الحيوان ضائع ولقطة مصباح . فعلم أن الضالة بالهاء تشمل الإنسان الضائع وغيره من الحيوان ، وبدون تاء خاص بالإنسان ، وهو المناسب هنا لعطفه على البهيمة (قوله أصلا) أى سواء التقطه من مكان قريب أو بعيد ، بخلاف الآبق كما يأتى . وفى كافى الحاكم : وإن عوضه شيئا فحسن (قوله فله أجر مثله) علله فى المحيط بأنها إجارة فاسدة .

(وندب التقاط البهيمة الضالة وتعريفها مالم يخف ضياعها) فيجب ، وكره لو معها ماتدفع به عن نفسها كقرن البقر وكدم لأبل تتارخانية (ولو) كان الالتقاط (فى الصحراء) إن ظن أنها ضالة حاوى (وهو فى الإنفاق على اللقيط واللقطة متبرع) لقصور ولايته (إلا إذا قال له قاض أنفق لترجع) فلو لم يذكر الرجوع لم يكن دينا فى الأصح (أو يصدقه اللقيط بعد بلوغه) كذا فى المجمع أى يصدقه على أن القاضى قال له ذلك لاما زعمه ابن الملك نهر ، والمديون رب اللقطة وأبو اللقيط

واعترضه فى البحر بأنه لاإجارة أصلا لعدم من يقبل . وأجاب المقدسى بحمله على أنه قال ذلك لجمع حضر .

قلت : يؤيده مافى إجارات الولوالجية : ضاع له شيء فقال من دلنى عليه فله كذا فالإجارة باطلة ، لأن المستأجر له غير معلوم والدلالة ليست بعمل يستحق به الأجر فلا يجب الأجر ؛ وإن خصص بأن قال لرجل بعينه إن دللتنى عليه فلك كذا ، إن مشى له ودله يجب أجر المثل فى المشى لأن ذلك عمل يستحق بعقد الإجارة إلا أنه غير مقدر بقدر فيجب أجر المثل ، وإن دله بلا مشى فهو والأول سواء اه . وبه ظهر أنه هنا إن خصص فالإجارة فاسدة لكون مكان الرد غير مقدر فيجب أجر المثل ، وإن عمم فباطلة ولاأجر ، فقوله كإجارة فاسدة الأولى ذكره بصيغة التعليل كما فعل فى المحيط (قوله وندب التقاط البهيمة الخ) وقال الأئمة الثلاثة : إذا وجد البقر والبعير فى الصحراء فالترك أفضل لأن الأصل فى أخذ مال الغير الحرمة وإباحة الالتقاط مخافة الضياع ، وإذا كان معها ماتدفع به عن نفسها كالقرن مع القوة فى البقر والرفس مع الكدم فى البعير والفرس يقل ظن ضياعها ولكنه يتوهم .

ولنا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كالشاة ، وقوله عليه الصلاة والسلام « فى ضالة الإبل ، مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر ، فذرها حتى يجد هاربها » أجاب عنه فى المبسوط بأنه كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والأمانة ، وأما فى زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة إليها بعده ، ففى أخذها إحياؤها وحفظها فهو أولى ، ومقتضاه إن غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا حق ، فإنا نقطع بأن مقصود الشارع وصولها إلى ربها ، فإذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ ، وتمامه فى الفتح (قوله وكره الخ) قال فى البحر : وبه علم أن التقاط البهيمة على ثلاثة أوجه ، لكن ظاهر الهداية أن صورة الكراهة إنما هى عند الشافعى لاعندنا اه .

قلت : وهو أيضا ظاهر ما قدمناه آنفا عن الفتح (قوله وكدم) بفتح الكاف وسكون الدال فعله من باب ضرب وقتل وهو العض بأدنى الفم (قوله إن ظن أنها ضالة) أى غلب على ظنه بأن كانت فى موضع لم يكن بقربه بيت مدر أو شعر أو قافلة نازلة أو دواب فى مراعيها بحر عن الحاوى (قوله إلا إذا قال له قاض الخ) أى بعد إقامة البينة من الملتقط كما شرطه فى الأصل وصححه فى الهداية ، لاحتمال أن يكون غصبا فى يده ، والبينة لكشف الحال لاللقضاء فلا يشترط لها خصم ، وصرح فى الظهيرية بأن الملتقط كذلك ، وإن قال لابينة لى يقول له بين يدى ثقات أنفق عليها إن كنت صادقا ، وقدمنا أن القاضى لوجعل ولاء اللقيط للملتقط جاز لأنه قضاء فى فصل مجتهد فيه فعليه لايكون متبرعا بالإنفاق بلا أمره إذا أشهد ليرجع كالوصى بحر ملخصا (قوله لم يكن دينا فى الأصح) لأن الأمر متردد بين الحسبة والرجوع ، فلا يكون دينا بالشك بحر (قوله لاما زعمه ابن الملك) من أنه إذا لم يأمره بالإنفاق فادعاه بعد بلوغه وصدقه اللقيط رجع عليه ح (قوله نهر) أصله للبحر (قوله والمديون) أى الذى يثبت

أو سيده أو هو بعد بلوغه (وإن كان لها نفع آجرها) بإذن الحاكم (وأنفق عليها) منه كالضال ، بخلاف الآبق ، وسيجيء فى بابه (وإن لم يكن باعها) القاضى وحفظ ثمنها ، ولو الإنفاق أصلح أمر به لأن ولايته نظرية اختيار ، فلو لم يكن ثمة نظر لم ينفذ أمره به فتح بحثا :

(وله منعها من ربها ليأخذ النفقة) فإن هلكت بعد حبسه سقطت ، وقبله لا (ولا يدفعها إلى مدعيها) جبرا عليه (بلا بينة ، فإن بين علامة حل الدفع) بلا جبر (وكذا) يحل (إن صدقه مطلقا) بين أولا ، وله أخذ كفيل إلا مع البينة فى الأصح نهاية :

للملتقط الرجوع عليه بما أنفقه بقول القاضى أنفق لترجع (قوله أو سيده) أى إن ظهر له سيد بإقراره بحر (قوله أو هو بعد بلوغه) فلو مات صغيرا يرجع على بيت المال كما فى القهستانى عن النظم (قوله وإن كان لها نفع) بأن كانت بهيمة يحمل عليها كالحمار والبغل (قوله بإذن الحاكم) الذى فى الملتقى وغيره أنه يؤجرها القاضى ، لكن لايخفى أن إذنه كفعله (قوله منه) أى من بدل الإجارة (قوله كالضال) أى العبد الذى ضل عن سيده (قوله بخلاف الآبق) فإنه لايؤجره القاضى لأنه يخاف عليه أن يأبق ، كذا فى التبيين ، وسوى بينهما فى الهداية بقوله كذلك يفعل بالعبد الآبق بحر ، ووفق المقدسى فى شرحه بحمل مافى الهداية على ماإذا كان معه علامة تمنع من الإباق كالراية ، ونقل الشرنبلالى عنه وجها آخر ، وهو حمله على ماإذا كان المستأجر ذا قوة ومنعة لايخاف عليه أو على الإيجار مع إعلام المستأجر بحاله ليحفظ غاية الحفظ اهـ . قال فى البحر : ولم أر حكم اللقيط إذا صار مميزا ولا مال له هل يؤجره القاضى للنفقة أولا (قوله ولو الإنفاق أصلح الخ) قالوا إنما يأمر بالإنفاق يومين أو ثلاثة على قدر مايرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة فلا نظر فى الإنفاق مدة مديدة هداية (قوله وله منعها من ربها ليأخذ النفقة) فإن لم يعطه باعها القاضى وأعطى نفقته ورد عليه الباقى ، ولا فرق بين أن يكون الملتقط أنفق من ماله أو استدان بأمر القاضى ليرجع على صاحبها كما فى الحاوى ، وقد صرحوا فى نفقة الزوجة المستدانة بإذن القاضى أن المرأة تتمكن من الحوالة عليه بغير رضاه ، وقياسه هنا كذلك بحر (قوله فإن هلكت بعد حبسه) أى مع الملتقط اللقطة عن صاحبها سقطت النفقة لأنها تصير كالرهن . قال فى النهر : ولم يحك المصنف فى الكافى تبعا لصاحب الهداية فيه خلافا فيفهم أنه المذهب ، وجعله القدورى فى تقريبه قول زفر : وعند أصحابنا لايسقط لو هلك بعده ، وعزاه فى الينابيع إلى علمائنا الثلاثة اهـ :

قلت : وظاهر الفتح اعتماد ماذكره القدورى ، فإنه قال إنه المنقول ، وكذا نقل فى الشرنبلالية عن خط العلامة قاسم أن مافى الهداية ليس بمذهب لأحد من علمائنا الثلاثة ، وإنما هو قول زفر ولايساعده الوجه ، ثم نقل عن المقدسى أنه يمكن أن يكون عن علمائنا فيه روايتان ، أو اختار فى الهداية قول زفر فتأمله اهـ وعلى مافى الهداية جرى فى الملتقى والدرر والنقاية وغيرها (قوله جبرا عليه) أفاد أن المراد بعدم الدفع عدم لزومه كما فى البحر (قوله بلا بينه) أراد بها القضاء بها بحر (قوله فإن بين علامة) أى مع المطابقة ، ومر فى اللقيط أن الإصابة فى بعض العلامات لاتكفى . وظاهر قول التتارخانية أصاب فى علامات اللقطة كلها أنه شرط ، ولم أر مالو بين كل من المدعيين وأصابا ، وينبغى حل الدفع لهما بحر (قوله بين أولا) لكن هل يجبر : قيل نعم كما لو برهن ، وقيل لا كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه المودع . ودفع الفرق بأن المالك هنا غير ظاهر والمودع فى مسألة الوديعة ظاهر فتح .

[تتمة] دفع بالتصديق أو بالعلامة وأقام آخر بينة أنها له ، فإن قائمة أخذها ، وإن هالكة ضمن أيها شاء ؛ فإن ضمن القابض لايرجع على أحد أو الملتقط فكذلك فى رواية وفى أخرى يرجع وهو الصحيح ، لأنه وإن صدقه

(التقط لقطة فضاعت منه ثم وجدها فى يد غيره فلا خصومة بينهما ، بخلاف الوديعة) مجتبى ونوازل ، لكن فى السراج الصحيح أن له الخصومة لأن يده أحق .

(عليه ديون ومظالم جهل أربابها وأيس) من عليه ذلك (من معرفتهم فعليه التصدق بقدرها من ماله وإن استغرقت جميع ماله) هذا مذهب أصحابنا لا تعلم بينهم خلافا كمن فى يده عروض لا يعلم مستحقيها اعتبارا للديون بالأعيان (و) متى فعل ذلك (سقط عنه المطالبة) من أصحاب الديون (فى العقبى) مجتبى . وفى العمدة : وجد لقطة وعرّفها ولم ير ربها فانتفع بها لفقره ثم أيسر يجب عليه أن يتصدق بمثله .

(مات فى البادية جاز لرفيقه بيع متاعه ومركبه وحمل ثمنه إلى أهله .

إلا أنه بالقضاء عليه صار مكذبا شرعا فبطل إقراره نهر عن الفتح (قوله لأن يده أحق) لعل وجهه كونها أسبق وأن له حق تملكها بعد التعريف لو فقيرا ، ويفهم منه بالأولى أنه لو انتزعها من يده آخر له أخذها منه كما قالوا فى اللقيط ، وهو خلاف ما فى الولوالجية حيث سوّى بين مسئلتى الضياع والانتزاع فى أنه لا خصومة له ، ولا يخفى أن ما فى السراج يشملها (قوله جهل أربابها) يشمل ورثتهم ، فلو علمهم لزمه الدفع إليهم لأن الدين صار حقهم . وفى الفصول العلامية : من له على آخر دين فطلبه ولم يعطه فمات رب الدين لم تبق له خصومة فى الآخرة عند أكثر المشايخ لأنها بسبب الدين وقد انتقل إلى الورثة . والمختار أن الخصومة فى الظلم بالمنع للميت ، وفى الدين للوارث . قال محمد بن الفضل : من تناول مال غيره بغير إذنه ثم رد البدل على وارثه بعد موته برئ عن الدين وبقى حق الميت لظلمه إياه ، ولا يبرأ عنه إلا بالتوبة والاستغفار والدعاء له اهـ (قوله فعليه التصدق بقدرها من ماله) أى الخاص به أو المتحصل من المظالم اهـ ط وهذا إن كان له مال . وفى الفصول العلامية : لو لم يقدر على الأداء لفقره أو لنسيانه أو لعدم قدرته قال شداد والناطفى رحمهما الله تعالى : لا يؤاخذ به فى الآخرة إذا كان الدين ثمن متاع أو قرضا ، وإن كان غصبا يؤاخذ به فى الآخرة ، وإن نسى غصبه ، وإن علم الوارث دين مورّثه والدين غصب أو غيره فعليه أن يقضيه من التركة ، وإن لم يقض فهو مؤاخذ به فى الآخرة ، وإن لم يجد المديون ولا وارثه صاحب الدين ولا وارثه فتصدق المديون أو وارثه عن صاحب الدين برئ فى الآخرة .

مطلب فيمن عليه ديون ومظالم جهل أربابها

(قوله كمن فى يده عروض لا يعلم مستحقيها) يشمل ما إذا كانت لقطة علم حكمها ، وإن كانت غيرها فالظاهر وجوب التصدق بأعيانها أيضا (قوله سقط عنه المطالبة الخ) كأنه والله تعالى أعلم لأنه بمنزلة المال الضائع والفقراء مصرفه عند جهل أربابه ، وبالتوبة يسقط إثم الإقدام على الظلم ط (قوله يجب عليه أن يتصدق بمثله) المختار أنه لا يلزمه ذلك فى القهستانى عن الظهيرية ، وكذا فى البحر والنهر عن الولوالجية .

مطلب فيمن مات فى سفره فباع رفيقه متاعه

(قوله جاز لرفيقه الخ) الظاهر أنه احتراز عن الأجنبى ، إذ الرفيق فى السفر مأذون بذلك دلالة ، كما قالوا فى جواز إحرامه عن رفيقه إذا أغمى عليه ، وكذا إنفاقه عليه . وهذه المسألة وقعت لمحمد رحمه الله تعالى فى سفره ، مات بعض أصحابه فباع كتبه وأمتعته ، فقيل له : كيف تفعل ذلك ولست بقاض ، فقال - والله يعلم المفسد من المصلح - يعنى أن ذلك من المصلح المأذون فيه عادة ، فإنه لو حمل متاعه إلى أهله يحتاج إلى نفقة ربما استغرقت المتاع ، لكن للورثة الخيار : ففى أدب الأوصياء عن المحيط عن المنتقى : مات فى السفر فباع رفقاؤه تركته وهم

حطب وجد فى الماء ، إن له قيمة فلقطة وإلا فحلال لآخذه) كسائر المباحات الأصلية درر . وفى الحاوى : غريب مات فى بيت إنسان ولم يعرف وارثه فتركته كلقطة ، مالم يكن كثيرا فلبيت المال بعد الفحص عن ورثته سنين ، فإن لم يجدهم فله لو مصرفا .

(محضنة) أى برج (حمام اختلط بها أهلى لغيره لاينبغى له أن يأخذه ، وإن أخذه طلب صاحبه ليرده عليه) لأنه كاللقطه (فإن فرخ عنده ، فإن) كانت (الأم غريبة لايتعرض لفرخها) لأنه ملك الغير (وإن الأم لصاحب المحضنة والغريب ذكر فالفرخ له) وإن لم يعلم أن ببرجه غريبا لاشىء عليه إن شاء الله .

قلت : وإذا لم يملك الفرخ ، فإن فقيرا أكله ، وإن غنيا تصدق به ثم اشتراه ، وهكذا كان يفعل الإمام الحلوانى ظهيرية . وفى الوهبانية : مر بثمار تحت أشجار فى غير أمصار لابأس بالتناول مالم يعلم النهى صريحا أو دلالة ، وعليه الاعتماد .

فى موضع ليس فيه قاض . قال محمد : جاز بيعهم وللمشترى الانتفاع بما اشتراه منهم ، ثم إذا جاء الوارث إن شاء أجاز البيع وإن شاء أخذ ماوجده من المتاع وضمن مالم يجد كاللقطة إذا جاء صاحبها يأخذها ، فإن لم يجد فله أن يضمن الذى أصابها وله أن يجيز التصدق اه .

مطلب فيمن وجد حطبا فى نهر أو وجد جوزا أو كمثرى

(قوله إن له قيمة فلقطة) وقيل إنه كالتفاح الذى يجده فى الماء . وذكر فى شرح الوهبانية ضابطا ، وهو أن مالايسرع إليه الفساد ولايعتاد رميه كحطب وخشب فهو لقطة إن كانت له قيمة ولو جمعه من أماكن متفرقة فى الصحيح ، كما لووجد جوزة ثم أخرى وهكذا حتى بلغ ماله قيمة ، بخلاف تفاح أو كمثرى فى نهر جار فإنه يجوز أخذه وإن كثر لأنه مما يفسد لو ترك ، وبخلاف النوى إذا وجد متفرقا وله قيمة فيجوز أخذه لأنه مما يرمى عادة فيصير بمنزلة المباح ولا كذلك الجوز ، حتى لو تركه صاحبه تحت الأشجار فهو بمنزلته (قوله مالم يكن كثيرا) ذكر الضمير على تأويل التركة بالمتروك ، والظاهر أن المراد بالكثير مازاد على خمسة دراهم لما فى البحر عن الخلاصة والولوالجية : مات غريب فى دار رجل ومعه قدر خمسة دراهم فله أن يتصدق على نفسه إن كان فقيرا كاللقطة وفى الخانية ليس له ذلك لأنه ليس كاللقطة . قال فى البحر والأول أثبت وصرح به فى المحيط (قوله فإن لم يجدهم فله لو مصرفا) هذا ذكره فى النهر وهو زائد على مانقله فى البحر عن الحاوى القدسى ، وقد راجعت الحاوى فلم أجده فيه أيضا (قوله محضنة) بالحاء المهملة والضاد المعجمة فى المصباح : حضن الطائر بيضه إذا جثم عليه (قوله أى برج) فى المصباح : برج الحمام مأواه (قوله اختلط بها أهلى لغيره) المراد بالأهلى ماكان مملوكا (قوله لاينبغى له أن يأخذه) لأنه ربما يطير فيذهب إلى محله الأصلى ، فلا ينافى مامر أن اللقطة يندب أخذها أفاده ط (قوله لأنه ملك الغير) لأن ولد الحيوان يتبع أمه (قوله وإذا لم يملك الفرخ) أى ولم يعلم مالكه (قوله وفى الوهبانية الخ) نقل بالمعنى ، وترك مما فى الوهبانية قيد كون الثمار ممالا يبقى ، وكون ذلك فى بستان احترازا عن القرى والسواد .

وحاصل مافى شرحها عن الخانية وغيرها أن الثمار إذا كانت ساقطة تحت الأشجار ، فلو فى المصر لايأخذ شيئا منها مالم يعلم أن صاحبها أباح ذلك نصا أو دلالة لأنه فى المصر لايكون مباحا عادة ، وإن كان فى البستان ، فلو الثمار ممايبقى ولا يفسد كالجوز واللوز لايأخذه مالم يعلم الإذن ، ولو مما لا يبقى ، فقيل كذلك ، والمعتمد أنه لابأس به إذا لم يعلم النهى صريحا أو دلالة أو عادة ، وإن كان فى السواد والقرى ، فلو الثمار ممايبقى لايأخذ مالم يعلم الإذن

وفيها : أخذك تفاحا من النهـــر جاريا يجوز وكمثرى وفى الجوز ينكر

ولو ممالايبقى اتفقوا على أن له الأخذ مالم يعلم النهى ، ولو كان الثمر على الشجر فالأفضل أن لايؤخذ مالم يؤذن له ، إلا فى موضع كثير الثمار يعلم أنهم لايشحون بمثل ذلك فله الأكل دون الحمل (قوله وفي الجوز ينكر) لأنه مما يبقى ولايرمى عادة ، بخلاف التفاح والكمثرى ، لأنه لو ترك يفسد ، وبخلاف النوى لأنه مما يرمى كما مر بيانه فى مسألة الحطب .

مطلب ألقى شيئا وقال من أخذه فهو له

[فروع] ألقى شيئا وقال من أخذه فهو له فلمن سمعه أو بلغه ذلك القول أن يأخذه وإلا لم يملكه لأنه أخذه إعانة لمالكه ليرده عليه ، بخلاف الأول لأنه أخذه على وجه الهبة وقد تمت بالقبض . ولا يقال : إنه إيجاب لمجهول فلا يصح هبة . لأنا نقول : هذه جهالة لاتفضى إلى المنازعة والملك يثبت عند الأخذ . وعنده هو متعين معلوم ، أصله « أنه عليه الصلاة والسلام قرّب بدنات ثم قال من شاء اقتطع » .

مطلب له الأخذ من نثار السكر فى العرس

ويقرره أن مجرد الإلقاء من غير كلام يفيد هذا الحكم كمن ينثر السكر والدراهم فى العرس وغيره ، فمن أخذ شيئا ملكه ، لأن الحال دليل على الإذن ، وعلى هذا لو وضع الماء والجمد على بابه يباح الشرب منه لمن مر به من غنى أو فقير وكذا إذا غرس شجرة فى موضع لاملك فيه لأحد وأباح للناس ثمارها ، وكل ذلك مأخوذ من الحديث اه ملخصا من شرح السير الكبير .

مطلب من وجد دراهم فى الجدار أو استيقظ وفى يده صرة

وفى التاترخانية عن الينابيع اشترى دارا فوجد فى بعض الجدار دراهم . قال أبو بكر : إنها كاللقطة . قال الفقيه وإن ادعاه البائع ردّ عليه ، وإن قال ليست لى فهى لقطة اه .

وفيها سأل رجل عطاء رحمه الله تعالى عمن بات فى المسجد فاستيقظ وفى يده صرة دنانير ؟ قال : إن الذى صرّها فى يدك لايريد إلا أن يجعلها لك . وفى البحر : وجد فى البادية بعيرا مذبوحا قريب الماء لابأس بالأكل منه إن وقع فى قلبه أن مالكه أباحه .

مطلب أخذ صوف ميتة أو جلدها

وعن الثانى : طرح ميتة فأخذ آخر صوفها له الانتفاع به وللمالك أخذه منه ، ولو سلخ الجلد ودبغه للمالك أن يأخذه ويردّ عليه مازاد الدبغ فيه . وفى الخانية : وضعت ملاءتها ووضعت الأخرى ملاءتها ثم أخذت الأولى ملاءة الثانية لاينبغى للثانية الانتفاع بملاءة الأولى ، فإن أرادت ذلك قالوا ينبغى أن تتصدق بها على بنتها الفقيرة بنية كون الثواب لصاحبتها إن رضيت ثم تستوهب الملاءة من البنت لأنها بمنزلة اللقطة .

مطلب سرق مكعبه ووجد مثله أو دونه

وكذلك الجواب فى المكعب إذا سرق اه وقيده بعضهم بأن يكون المكعب الثانى كالأول أو أجود ، فلو دونه له

كتاب الآبق

مناسبته عرضية التلف والزوال : والإباق : انطلاق الرقيق تمردا ، كذا عرفه ابن الكمال ليدخل الهارب من مؤجره ومستعيره ومودعه ووصيه :

الانتفاع به بدون هذا التكلف لأن أخذ الأجود وترك الأدون دليل الرضا بالانتفاع به ، كذا فى الظهيرية ، وفيه مخالفة للقطة من جهة جواز التصدق قبل التعريف وكأنه للضرورة اه ملخصا .

قلت : ما ذكر من التفصيل بين الأدون وغيره إنما يظهر فى المكعب المسروق ، وعليه لا يحتاج إلى تعريف لأن صاحب الأدون معرض عنه قصدا فهو بمنزلة الدابة المهزولة التى تركها صاحبها عمدا بل بمنزلة إلقاء النوى وقشور الرمان : أما لو أخذ مكعب غيره وترك مكعبه غلطا لظلمة أو نحوها ويعلم ذلك بالقرائن فهو فى حكم اللقطة لابد من السؤال عن صاحبه بلا فرق بين أجود وأدون ، وكذا لو اشتبه كونه غلطا أو عمدا لعدم دليل الإعراض ، هذا ماظهر لى فتأمله .

[فائدة] (١) ذكر ابن حجر فى حاشية الإيضاح عن بعض الصوفية قدس الله تعالى أسرارهم مانصه : إذا ضاع منك شئ فقل : ياجامع الناس ليوم لاريب فيه إن الله لايخلف الميعاد ، اجمع بينى وبين كذا ويسميه باسمه فإنه مجرب. قال النووى : وقد جربته فوجدته نافعا لوجود الضالة عن قرب غالبا . ونقل عن بعض مشايخه مثل ذلك اه : والله سبحانه أعلم :

كتاب الآبق

اسم فاعل ، من أبق كضرب وسمع ومنع قاموس ، والأكثر الأول مصباح ، ومصدره أبق ويحرك وإباق ككتاب وجمعه ككفار وركع قاموس (قوله مناسبته) أى مناسبة الآبق للقيط واللقطة ، عرضية التلف : أى الهلاك والزوال أى زوال يد المالك : أى توقع عروض الأمرين أو أحدهما فى الثلاثة ، وهو وجه ذكرها عقب الجهاد ، فإن الأنفس والأموال فيه على شرف الزوال كما مر :

واعترض فى الفتح بأن عرضية ذلك فى الآبق بفعل فاعل مختار ، فالأولى ذكره عقب الجهاد : وأجاب فى البحر بأن خوف التلف من حيث الذات فى اللقيط أكثر من اللقطة فذكرا عقبه ، وأما التلف فى الآبق فمن حيث الانتفاع للمولى لامن حيث الذات لأنه لو لم يعد إلى مولاه لايموت ، بخلاف اللقيط فإنه لصغره إن لم يرفع يموت فالأنسب ترتيب المشايخ (قوله والإباق انطلاق الرقيق تمردا) وهو فى اللغة الهرب كما فى المغرب . والتمرد : الخروج عن الطاعة احترز به عن الضال : وهو المملوك الذى ضل عن الطريق إلى منزل سيده بلا قصد (قوله من مؤجره) بفتح الجيم اه ح أى مستأجره ، ولو عبر لكان أولى ط (قوله ومودعه) بفتح الدال اه ح (قوله ووصيه) أى الوصى عليه بأن مات سيده عن أولاد صغار وأقام هو أو القاضى عليهم وصيا ، فإن العبد يكون داخلا تحت وصايته

---

(١) قرر الزيادى أن الإنسان إذا ضاع له شىء وأراد أن يرده الله سبحانه عليه ، فليقف على مكان عال مستقبل القبلة ويقرأ الفاتحة ويهدى ثوابها للنبى صلى الله عليه وسلم ، ثم يهدى ثواب ذلك لسيدى أحمد بن علوان ويقول : ياسيدى أحمد يا ابن علوان إن لم ترد على ضالتى وإلا نزعتك من ديوان الأولياء فإن الله تعالى يرد على من قال ذلك ضالته ببركته أجهورى مع زيادة ، كذا فى حاشية شرح المنهج للداودى رحمه الله اه منه .

(أخذه فرض إن خاف ضياعه ، ويحرم) أخذه (لنفسه ، ويندب) أخذه (إن قوى عليه) وإلا فلا لا ندب لما فى البدائع : حكم أخذه كلقطة (فإن ادعاه آخر دفعه إليه إن برهن واستوثق) منه (بكفيل) إن شاء لجواز أن يدعيه آخر (ويحلفه) الحاكم أيضا بالله ما أخرجه عن ملكه بوجه (وإن لم يبرهن) عطف على إن برهن (وأقر) العبد (أنه عبده أو ذكر) المولى (علامته وحليته دفع إليه بكفيل ، فإن أنكر المولى إباقه) مخافة جعله (حلف) إلا أن يبرهن على إباقه أو على إقرار المولى بذلك زيلعى (فإن طالت المدة) أى مدة مجىء المولى (باعه القاضى ولو علم مكانه) لئلا يتضرر المولى بكثرة النفقة

(قوله أخذه فرض إن خاف ضياعه) أى إن غلب على ظنه ذلك ، وهذا ذكره فى البحر أخذا من عبارة البدائع ، ويأتى ما فيه . وذكر فى الفتح بحثا فتبعه المصنف (قوله ويندب أخذه إن قوى عليه) عبارة كافى الحاكم : وإذا وجد عبدا آبقا وهو قوى على أخذه قال يسعه تركه وأحب إلىّ أن يأخذه فيرده على صاحبه اهـ ومفهومه أن قيد القوة على أخذه تأكيد لإفادة جواز الترك وأنه لا يجب أخذه بل يندب ، فهو فى الحقيقة لدفع توهم الوجوب عند القوة عليه . وبه اندفع ما أورد على المصنف من أن هذا الشرط لا يخص ما نحن فيه بل هو عام فى سائر التكليف . على أن كون القدرة شرطا عاما لا يوجب عدم ذكرها فى معرض بيان الأحكام . قال تعالى -ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا- ولم يصرح باشتراط عدم خوف ضياعه لعلمه من قوله فرض إن خاف ضياعه فافهم (قوله لما فى البدائع الخ) تعليل لقوله أخذه فرض إن خاف ضياعه الخ ، وقد تبع فى ذلك البحر .

واعترضه فى النهر بأنه قدم عن البدائع أن القول بفرضية أخذ اللقطة عند خوف الضياع قول الشافعى ، فقول البدائع هنا إن حكم أخذ الآبق كحكم اللقطة لا يدل على فرضية أخذه عندنا ، نعم فى الفتح : يمكن أن يجرى فيه التفصيل فى اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى إن لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه وإلا فلا اهـ .

قلت : لكن تقدم أن مانسبه فى البدائع إلى الشافعى مذهبنا ، فقوله هنا حكمه كحكم اللقطة يفيد أنه إذا كان أخذها واجبا يكون أخذه مثلها ، وقد صرح فى غير البدائع بأن أخذها واجب فأخذ الآبق كذلك فليتأمل (قوله واستوثق منه بكفيل إن شاء) قال فى الفتح : ثم إذا دفعه إليه عن بينة ففى أولوية أخذ الكفيل وتركه روايتان اهـ وظاهره أن ذلك فى حق القاضى ، وهو صريح مافى كافى الحاكم . قال ط : وذكر العلامة نوح : قيل رواية عدم أخذ الكفيل أصح لأنه لما أقام البينة أنه له حرم تأخيره لأن الدفع فى هذه الصورة واجب اهـ .

قلت : لكن فى التاترخانية أن رواية الأخذ أحوط (قوله أيضا) أى مع الاستيثاق منه بكفيل (قوله بوجه) كبيع أو هبة بنفسه أو بوكيله (قوله دفع إليه بكفيل) أخذه الكفيل هنا رواية واحدة كما فى الفتح . قال فى التتارخانية : ولم يذكر فى الكتاب أن القاضى يتخير فى الدفع إليه أو يجب عليه الدفع ، وقد اختلف المشايخ فيه اهـ .

قلت : ينبغى وجوب الدفع فى صورة إقرار العبد وعدمه فى صورة ذكر العلامة تأمل (قوله مخافة جعله) أى أخذ جعله (قوله بذلك) أى بإباقه (قوله فإن طالت المدة) سيأتى أن القاضى يحبس الآبق تعزيرا . وفى التتارخانية يحبسه إلى أن يجىء طالبه ، ويكون هذا الحبس بطريق التعزير وينفق عليه فى مدة الحبس من بيت المال . ثم قال : فإن لم يجىء له طالب وطال ذلك باعه بعد ماحبسه ستة أشهر ويدفع الثمن إلى صاحبه إذا وصف حليته وعلامته اهـ وجواز بيعه ظاهر على أنه لايؤجره خوف إباقه كما مر فى اللقطة ويأتى (قوله ولو علم مكانه) فى الحواشى اليعقوبية

وحفظ ثمنه لصاحبه و) أمسك من ثمنه ما (أنفق منه ، وإن جاء) المولى (بعده وبرهن) أو علم (دفع باقى الثمن إليه ، ولا يملك) المولى (نقض بيعه) أى بيع القاضى لأنه بأمر الشرع كحكمه لاينقض :

قلت : لكن رأيت فى معروضات المرحوم أبى السعود مفتى الروم أنه صدر أمر سلطانى بمنع القضاة عن إعطاء الإذن ببيع عبيد العسكرية ، وحينئذ فلا يصح بيع عبيد السباهية فلهم أخذها من مشتريها ويرجع المشترى بثمنه على البائع . وأما عبيدالرعايا فكذلك إذاكان بغبن فاحش وإلا فللرعايا الثمن وبذلك ورد الأمر أيضا انتهى بالمعنى فليحفظ فإنه مهم (ولو زعم) المولى (تدبيره أو كتابته) أو استيلادها (لم يصدق فى نقضه) إلا أن يكون عنده ولد منها أو يبرهن على ذلك نهر :

(واختلف فى الضال) قيل أخذه أفضل ، وقيل تركه ؛ ولو عرف بيته فإيصاله إليه أولى :

(أبق عبد فجاء به رجل وقال لم أجد معه شيئا) من المال (صدق) ولا شىء عليه (ولمن رده) خبر لقوله الآتى أربعون درهما (إليه من مدة سفر) فأكثر

ينبغى أن يكون هذا إذا تعذر إيصاله إلى مالكه وخيف تلفه : وقد ذكر فى القنية أن مال الغائب لايباع إذا علم مكان الغائب لإمكان إيصاله اه نهر :

قلت : قد يكون إيصاله إلى مالكه موجبا لكثرة النفقة فيتضرر مالكه ، وقد لايمكن معه أخذ ما أنفقه عليه القاضى (قوله وأمسك من ثمنه ماأنفق منه) الضمير فى منه للقاضى ، والمراد ما أنفقه من بيت المال : أى يمسك قدر ماأنفق ليرده إلى بيت المال (قوله أو علم) بتشديد اللام : أى وصف علامته . وفى المصباح : علمت له علامة بالتشديد وضعت له أمارة يعرفها (قوله دفع باقى الثمن إليه) نقل فى التتارخانية عن التهذيب أنه لايدفع إليه الثمن إلا بالبينة ولايكتفى بالحلية : ونقل عن الكافى أنه يجوز أن يكتفى بها :

قلت : يمكن التوفيق بأن الأول فى وجوب الدفع والثانى فى جوازه (قوله عن إعطاء الإذن) أى لواحد الآبق (قوله فحينئذ فلا يصح الخ) لأنه لايصح بيعه بلا إذن القاضى ، وحيث كان القاضى ممنوعا من إعطاء الإذن لايصح إذنه لأنه يستفيد الولاية من السلطان ، ولكن هذا المنع السلطانى لايبقى بعد موت السلطان المانع على ماأفاده الخير الرملى فى فتاواه تأمل (قوله فكذلك) أى لايصح بيع القاضى لأن تصرفه منوط بالمصلحة وخصوصا بعد ورود الأمر له بذلك (قوله لم يصدق فى نقضه) أى لم يصدق فى زعمه المذكور فى حق نقض البيع وإلا فهو مؤاخذ بإقراره على نفسه (قوله إلا أن يكون عنده ولد منها) أى ولد ولدته فى ملكه فيدعى أنه ولده منها فيصدق عليه ويثبت النسب ويفسخ البيع اه كافى الحاكم الشهيد (قوله أو يبرهن على ذلك) أى على مازعمه من التدبير ونحوه . وأفاد أن ماذكره المصنف محمول على ما إذا كان مجرد دعوى بلا برهان :

وبه اندفع مافى البحر من اللقطة من أن عدم تصديقه مشكل ، لأنه : أى المالك لو باع بنفسه ثم قال هو مدبر أومكاتب أو أم ولد وبرهن قبل برهانه لأن التناقض فى دعوى الحرية وفروعها لايمنع اه . قال فى النهر : فيحمل على ما إذا لم يبرهن اه وبه أجاب المقدسى أيضا (قوله واختلف فى الضال) الأولى للمصنف ذكر هذا بعد قوله ويندب إن قوى عليه لئلا يوهم أن الاختلاف فى نقض البيع (قوله قيل الخ) وعليه فهو مما خالف فيه الآبق ، ويخالفه أيضا فى أنه لاجعل لراده ، وأنه لايحبس ، وأنه يؤجره وينفق عليه من أجرته كاللقطة كما فى البحر وسيأتى (قوله ولو عرف بيته الخ) يشير إلى أن محل الاختلاف ا إذا لم يعلم الواجد مولاه ولامكانه : قال فى الفتح : أما إذا علم فلا ينبغى أن يختلف فى أفضلية أخذه ورده (قوله صدق) أى بيمينه كافى (قوله من مدة سفر) الظاهر أن المعتبر فى هذه المسافة مابين مكان الأخذ ومكان سيد العبد ، سواء أبق من مكان سيده

(وهو) أى والحال أن الرادّ ولو صبيا أو عبدا لكن الجعل لمولاه (ممن يستحق الجعل) قيد به لأنه لاجعل لسلطان وشحنة وخفير ووصى يتيم وعائله ومن استعان به كإن وجدته فخذه فقال نعم أوكان فى عياله وابن وأحد الزوجين مطلقا زيلعى وشريك نتف

أوغيره ، كما يشعر به قول الهداية : ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فقد اعتبر مكان الرد ومكان المولى ، وعليه فلو خرج فى حاجة لمولاه مسافة يومين ثم أبق منها مسافة يوم فأخذه رجل ورده على مولاه فله أربعون درهما اعتبارا لمكان المولى ، والظاهر أيضا كما أفاده ط أن المعتبر فى مكان المولى المكان الذى يحصل فيه الرد عليه ، حتى لو لحقه المولى وقد سار يوما فلقيه الواجد بعد ماسار يومين فله جعل اليومين فقط (قوله ولو صبيا أوعبدا الخ) جملة معترضة بين اسم إن وخبرها ، وهو قوله ممن يستحق الجعل ، ودخل فى هذا التعميم ما إذا تعدد الراد كاثنين ، فيشتركان فى الأربعين إذا رداه إلى مولاه ، وما إذا رداه بنفسه أو بنائبه كما إذا دفعه إلى رجل وأمره أن يأتى به إلى مولاه وأن يأخذه منه الجعل ، وماإذا اغتصبه منه رجل وجاء به إلى مولاه وأخذ جعله ثم جاء الآخذ وبرهن أنه أخذه من مسيرة سفر فله الجعل ويرجع المولى على الغاصب بما دفعه إليه لأنه أخذه بغير حق (قوله ممن يستحق الجعل) بأن لم يكن ممن يعمل متبرعا ، بخلاف المتبرع إما لوجوب ذلك العمل عليه كالسلطان أو أحد نوابه ، أو لكونه يحفظ مال سيد العبد كوصى اليتيم وعائله ، أو لكونه ممن جرت العادة برده عليه تبرعا ، إما لاستعانة به لأنه ممن فى عياله أو لزوجية أو بنوة أوشركة (قوله وشحنة) هو حافظ المدينة اهـ ح (قوله وخفير) هو بمعنى المعاهد : أى من يعاهدك على النصرة ، ولعل المراد به من ينصبه الحاكم فى الطريق لدفع القطاع عن المسافرين، ثم رأيت نقلا عن الحموى أن المراد به هنا الحارس (قوله وعائله) أى من يعول اليتيم ويربيه فى حجره بلا وصاية (قوله فقال نعم) كذا شرطه فى التتارخانية معللا بأنه قد وعد له الإعانة بحر . قال المقدسى : والظاهر أنه ليس بشرط لأن الظاهر منه التبرع بالعمل حيث لم يشرط عليه جعلا اهـ .

قلت : وفيه نظر ، فإن عدم شرط الجعل لايدل على التبرع وإلا لزم شرطه فى كل المواضع ، بخلاف ما إذا استعان به ووعده الإعانة فإن إجابته بالقول لما طلب دليل التبرع تأمل (قوله أوكان فى عياله) عطف عن استعان وشمل أحد الأبوين إذا رد عبد الابن فلا جعل له إذا كان فى عيال الابن كحكم بقية المحارم كما فى الهداية وشروحها كفاية البيان والمعراج والفتح والعناية ، وكذا فى البزازية والجوهرة والقهستانى والنهر ، على خلاف مافى البحر والمنح ، حيث سوى بين الأبوين والابن ، ومثله قول الحاوى القدسى ، إذا كان الراد فى عيال مالك الغلام لاجعل له ، وإلا فله الجعل سواء كان أجنبيا أوذا رحم محرم إلا الوالدين والمولودين (قوله وابن) عطف على سلطان ح (قوله مطلقا) أى سواء كان الابن فى عيال الأب وأحد الزوجين فى عيال الآخر أولا . قال الزيلعى ، لأن رد الآبق على المولى نوع خدمة للمولى وخدمة الأب مستحقة على الابن فلا تقابل بالأجر ، وكذا خدمة أحد الزوجين الآخر اهـ ح (قوله وشريك) لأن عمله يكون فى حصته وحصة شريكه بلا تمييز فلا أجر له ، كمن استأجر شريكه على حمل الحمل المشترك بينهما لايستحق أجرا ، ومنه مافى الولوالجية لو جاء به وارث الميت ، إن أخذه وسار به ثلاثة أيام وسلمه فى حياة المولى يستحق الجعل إن لم يكن فى عياله وإن سلمه بعد موته وليس ولد المولى ولافى عياله وكان معه وارث آخر . قال محمد له الجعل فى حصة شركائه . وقال أبو يوسف لا ، وقيل قول أبى حنيفة كقول محمد اهـ ملخصا .

ووهبانية ولوالجية ، فالمستثنى أحد عشر (أربعون درهما) فبطل صلحه فيما زاد عليها (ولو بلا بشرط) استحسانا . ولو رد أمة ولها ولد يعقل الإباق فجعلان نهر بحثا (وإن لم يعدلها) عند الثانى لثبوته بالنص فلذا عوّل عليه أرباب المتون (إن أشهد أنه أخذه ليرده) وإلا لاشىء له

قلت : ولعل وجه الخلاف أنه إن نظر إلى أن العمل الموجب للجعل وهو سير ثلاثة أيام حصل فى حياة المولى قبل أن يصير الرادّ شريكا وجب الجعل ، وإن نظر إلى أن الاستحقاق بالتسليم وهو لم يحصل إلا بعد الموت والاشتراك لم يجب الجعل ، ويؤيد الثانى عدم استحقاق الجعل فى موت مولى أم الولد والمدبر كما يأتى قريبا تأمل (قوله ووهبانية) كذا فى بعض النسخ . والذى رأيته فى عدة نسخ ورهبان، وهكذا رأيته معزيا إلى نسخة الشارح وهو الصواب ، لأن الشارح عزاه للولوالجية والذى رأيته فيها ورهبان وشحنة ، وهكذا رأيته فى التجنيس . والظاهر أنه فى عرفهم اسم لنوع ممن يرهب منه من أهل الولايات بقرينة ذكره مع الشحنة ، وحينئذ يتم قول الشارح فالمستثنى أحد عشر ، فإن به يتم العدد فافهم (قوله أربعون درهما) بوزن سبعة مثاقيل فتح ، وإن أنفق أضعافها بغير أمر القاضى كافى الحاكم . أما لو أنفق بأمره فإن له الأربعين مع جميع ما أنفق فلا يستحق الأربعين فقط إلا إذا كان إنفاقه بغير أمر القاضى ، وبه سقط اعتراضه فى الدر المنتقى على شارح الوهبانية بأن تعبيره بلفظ غير من سبق القلم (قوله فبطل صلحه فيما زاد عليها) لأنه زيادة على ماثبت بالنص كما بطل صلح القاتل فيما زاد على الدية . قال فى البحر : بخلاف الصلح على الأقل لأنه حط منه (قوله استحسانا) والقياس أن لايكون له شىء إلا بالشرط كما إذا رد بهيمة ضالة أو عبدا ضالا . وجه الاستحسان أن الصحابة رضى الله تعالى عنهم أجمعوا على أصل الجعل . واختلفوا فى مقداره ، فأوجبنا الأربعين فى مدة السفر وما دونها فيما دونه جمعا بين الروايتين نهر (قوله ولو رد أمة الخ) اعلم أنه فى كافى الحاكم عمم أولا فى وجوب الجعل فى رد الآبق فقال بالغا أو غير بالغ . ثم قال : وإذا أبقت الأمة ولها صبى رضيع فردها رجل كان له جعل واحد ، فإن كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله الجعل ثمانون درهما اهـ . قال فى الفتح : لأن من لم يراهق لم يعتبر آبقا اهـ ومقتضاه أن المراد بقوله أو غير بالغ هو المراهق . ووفق فى البحر بين عبارتى الكافى بأن الولد إن كان مع أحد أبويه اشترط كونه مراهقا : أى اشترط ذلك لوجوب جعل آخر لرد الولد ، وإن لم يكن مع أحدهما لايشترط أن يكون مراهقا ، لكن يشترط عقله لقول التتارخانية : وماذكر من الجواب فى الصغير محمول على ماإذا كان يعقل الإباق وإلا فهو ضال لايستحق له الجعل اهـ . ووفق فى النهر بأن قوله قد قارب الحلم غير قيد ، لقول شارح الوهبانية : اتفق الأصحاب أن الصغير الذى يجب الجعل برده فى قول محمد هو الذى يعقل الإباق .

وحاصله أنه لايشترط كونه مراهقا فى وجوب الجعل برده سواء كان مع أحد أبويه أووحده ، بل الشرط أن يعقل الإباق ، فبحث النهر إنما هو تقييد الولد فى مسألة الكافى بكونه يعقل الإباق إشارة إلى أنه المراد من قوله قد قارب الحلم (قوله لثبوته بالنص) فلا يحط منه لنقصان القيمة ، كصدقة الفطر لايحط منها لو كانت قيمة الرأس أنقص من صدقة الفطر قاله العينى . وقال محمد : يقضى بقيمته إلا درهما لأن المقصود إحياء مال المالك فلا بد أن يسلم له شىء تحقيقا للفائدة . وذكر صاحب البدائع والإسبيجابى الإمام مع محمد فكان هو المذهب بحر . والذى عليه المتون مذهب أبى يوسف كما لايخفى ، فينبغى أن يعوّل عليه لموافقته للنص والله تعالى أعلم منح ط (قوله إن أشهد الخ) شرط لاستحقاق الجعل المذكور ، وهذا عند التمكن من الإشهاد وإلا فلا يشترط ، والقول قوله فى أنه لم يتمكن منه كما صرح به فى التتارخانية بحر . وفى الكافى : أخذه رجل فاشتراه

(و) لرادّه (من أقل منها بقسطه ، وقيل يرضخ له برأى الحاكم) أو يقدر باصطلاحهما (به يفتى) تتارخانية بحر (ولو من المصر) فيرضخ له أو يقسطه كما مر (وأم ولد ومدبر) ومأذون (كقن) فى الجعل .

(وإن مات المولى قبل وصوله) أى الآبق (وهو مدبر أو أم ولد فلا جعل له) لعتقهما بموته (وإن أبق منه بعد إشهاده) المتقدم (لم يضمن) لأنه أمانة ، حتى لو استعمل فى حاجة نفسه ثم إنه أبق ضمن ابن ملك عن القنية . وفى الوهبانية : لو أنكر المولى إباقه قبل قوله بيمينه ويلزم مريد الرد قيمته مالم يبين إباقه (وضمن لو) أبق أو مات (قبله) مع تمكنه منه لأنه غاصب (ولا جعل له فى الوجهين) خلافا للثانى فى الثانى ، لأن الإشهاد عنده ليس شرطا فيه وفى اللقطة (ولا جعل برد مكاتب) لحريته يدا .

(وجعل عبد الرهن على المرتهن لو قيمته مساوية للدين أو أقل ، ولو أكثر من الدين فعليه بقدر دينه والباقى على الراهن) لأن حقه بالقدر المضمون منه .

(وجعل عبد أوصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر على صاحب الخدمة) فى الحال لأن المنفعة له (فإذا انقضت) الخدمة (رجع صاحبها على صاحب الرقبة أو بيع العبد فيه) أى فى الجعل .

(وجعل مأذون مديون على من يستقر له الملك) فإن بيع بدئ بالجعل والباقى للغرماء (كما يجب جعل) آبق جنى خطأ لا فى يد الآخذ

منه رجل وجاء به فلا جعل له لأنه لم يأخذه ليرده ، وكذلك الهبة والوصية والميراث ، وإن أشهد حين اشتراه أنه إنما اشتراه ليرده على صاحبه لأنه لايقدر عليه إلا بالشراء فله الجعل اه ويكون متبرعا بالثمن نهر (قوله بقسطه) أى بأن تقسم الأربعون على الأيام لكل يوم ثلاثة عشر وثلث نهر (قوله يرضخ له) يقال رضخ له كمنع وضرب أعطاه عطاء غير كثير قاموس ، واعتبار رأى الحاكم عند عدم الاصطلاح على شىء ط (قوله به يفتى) أى بالرضخ برأى الحاكم (قوله ولو من المصر) تعميم لقوله ومن أقل . وعنه أنه لاشىء له قهستانى عن المضمرات ، لكن الأول هو المذكور فى الأصل وهو الصحيح بحر (قوله كقنّ فى الجعل) أى فى وجوبه ، وهذا إذا رد المدبر وأم الولد فى حياة المولى كما أفاده مابعده (قوله لعتقهما بموته) فيقع رد حر لامملوك ، وهذا فى أم الولد ظاهر ، وكذا فى المدبر لو يخرج من الثلث لأنه حينئذ يعتق بالموت اتفاقا ، وإلا فكذلك عندهما . وعنده يصير كالمكاتب لأنه يسعى فى قيمته ليعتق ، ولاجعل فى رد المكاتب ، وتمامه فى الفتح (قوله وإن أبق منه) وكذا لو مات فى يده نهر (قوله ثم إنه أبق) أى فى حال استعماله ، أما لو بعد فراغه وعزمه على أن يرده إلى صاحبه فينبغى عدم الضمان لعوده إلى الوفاق ط (قوله ويلزم مريد الرد قيمته) أى إذا أبق منه أو مات فى يده ، سواء أشهد أنه أخذه ليرده أولا كما هو ظاهر لأنه غير مقيد عند إنكار المولى إباقه (قوله مالم يبين إباقه) أى بإقامة البينة على إباقه أو على إقرار المولى به زيلعى (قوله فى الوجهين) أى فيما إذا أبق منه بعد الإشهاد أوقبله . قال فى المنح : أما الأول فلأنه لم يرده إلى مولاه ، وأما الثانى فلأنه بترك الإشهاد صار غاصبا (قوله خلافا للثانى فى الثانى) أى فى قوله وضمن لو قبله فإنه لايضمن عند أبى يوسف وإن لم يشهد ، والأولى ذكر الخلاف قبل قوله ولاجعل له لئلا يوهم أن الخلاف فى الجعل وليس كذلك ، لأن أبا يوسف وإن أوجب الجعل بدون إشهاد لكن لابد فيه أن يرده على مولاه ، والكلام فيما إذا أبق أومات قبل الرد فافهم (قوله أوبيع العبد فيه) أى إن لم يدفع صاحب الرقبة الجعل . والظاهر أن الذى يبيعه هو القاضى (قوله على من يستقر له الملك) وهو المولى إن اختار قضاء دينه أو الغرماء إن اختار بيعه فى الدين فيجب الجعل فى الثمن ، وفى كلامه تسامح لأن الملك لم يستقر لهم فيه بل فى ثمنه وإنما استقر ملكه للمشترى ولاشى عليه كما فى الفتح (قوله جنى خطأ) أى قبل الإباق أو بعده قبل الأخذ

على من سيصير له ، و (مغصوب على غاصبه ، وموهوب على موهوب له وإن رجع الواهب) بعد الرد لأن زوال ملكه بالرجوع بتقصير منه وهو ترك التصرف (و) جعل عبد (صبى فى ماله ، و) الآبق (نفقته كنفقة لقطة) كما مر (وله حبسه لدين نفقته ، ولا يؤجره القاضى) خشية إباقه ثانيا (و) لكن (يحبسه تعزيرا) له ، وقيل يؤجره للنفقة ، وبه جزم فى الهداية والكافى (بخلاف) اللقطة و (الضال) وقدر في التتارخانية مدة حبسه بستة أشهر ، ونفقته فيها من بيت المال ثم بعدها يبيعه القاضى كما مر :

[فرع] أبق بعد البيع قبل القبض للمشترى رفع الأمر للقاضى ليفسخ ، والله أعلم :

كتاب المفقود

(هو) لغة المعدوم . وشرعا (غائب لم يدر أحى هو فيتوقع) قدومه (أم ميت أودع اللحد البلقع) أى القفر

كما يفيده قوله لافى يد الآخذ ، واحترز به عما لو جنى فى يد الآخذ فلا جعل له على أحد كما لو قتل عمدا ثم رده (قوله على من سيصير له) وهو المولى إن اختار فداءه ، أوالأولياء إن اختار دفعه إليهم ، فلو دفع المولى الجعل ثم قضى عليه بالدفع إلى الأولياء له الرجوع على المدفوع إليه بالجعل بحر عن المحيط تأمل (قوله على غاصبه) لأنه أحياه له لتبرأ ذمته بدفعه ، وظاهره لزوم الجعل له ولو رده إلى مالكه ويحرر ط (قوله وهو ترك التصرف) أى تصرفه بما يمنع رجوع الواهب فى هبته (قوله عبد صبى) بالإضافة : أى جعل عبد الصبى فى مال الصبى (قوله كنفقة لقطة) لأنه لقطة حقيقة فإذا أنفق عليه الآخذ بلا أمر القاضى كان متبرعا ، وبإذنه كان له الرجوع بشرط أن يقول على أن ترجع على الأصح بحر (قوله وله حبسه لدين نفقته) فإن طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضى وحفظ ثمنه كما قدمناه بحر :

قلت : وله حبسه أيضا للجعل . قال في الكافى : ولمن جاء بالآبق أن يمسكه حتى يأخذ الجعل ، فإن مات فى يده بعد ماقضى له القاضى بإمساكه بالجعل فلا ضمان عليه ولاجعل ، وكذلك لو مات قبل أن يرفعا إلى القاضى (قوله وقيل يؤجره للنفقة) تقدم الكلام عليه فى اللقطة (قوله بخلاف اللقطة والضال) فإن الدابة اللقطة تؤجر لينفق عليها من أجرتها الضال لايحبس ، وظاهره أنه يؤجره لينفق عليه من أجرته وبه صرح فى كتاب اللقطة (قوله ثم بعدها يبيعه القاضى) أى ويرد لبيت المال ماأنفقه منه كما قدمناه ح ، والله سبحانه أعلم :

كتاب المفقود

مناسبته للآبق أن كلا منهما فقده أهله وهم فى طلبه ، وأخر عنه لقلة وجوده (قوله هو غائب الخ) أفاد أن قول الكنز هو غائب لم يدر موضعه معناه لم تدر حياته ولاموته . قال فى البحر : فالمدار إنما هو على الجهل بحياته وموته لاعلى الجهل بمكانه ، فإنهم جعلوا منه كما فى المحيط المسلم الذى أسره العدو ولايدرى أحى أم ميت مع أن مكانه معلوم وهو دار الحرب ، فإنه أعم من أن يكون عرف أنه فى بلدة معينة من دار الحرب أولا اه لكن فى الملتقى وغيره : هو غائب لايدرى مكانه ولاحياته ولاموته ، قيل فهذا صريح فى اشتراط جهل المكان فيكون التعويل عليه :

قلت : الظاهر أن علم المكان يستلزم العلم بالموت والحياة غالبا وعدمه عدمه ، فالعطف للتفسير ، ولو علم مكانه من دار الحرب مع تحقق الجهل بحاله وعدم إمكان الاطلاع عليه لاشك فى أنه مفقود فافهم (قوله فيتوقع قدومه) أى يطلب أو ينتظر وقوعه ، وقوله قدومه بدل اشتمال من الضمير فى يتوقع العائد إلى قوله غائب

جمعه بلاقع ، فدخل الأسير ومرتد لم يدر ألحق أم لا ؟ (وهو فى حق نفسه حى) بالاستصحاب ، هذا هو الأصل فيه (فلا ينكح عرسه غيره ولا يقسم ماله) قلت : وفى معروضات المفتى أبى السعود أنه ليس لأمين بيت المال نزعه من يد من بيده ممن أمنه عليه قبل ذهابه ، لما سيجىء معزيا لخزانة المفتين (ولا تفسخ إجارته ، ونصب القاضى من) أى وكيلا (يأخذ حقه) كغلاته وديونه المقر بها (ويحفظ ماله ويقوم عليه) عند الحاجة ، فلو له وكيل فله حفظ ماله لاتعمير داره إلا بإذن الحاكم لأنه لعله مات ، ولايكون وصياً تجنيس (لكنه) أى هذا الوكيل المنصوب (ليس بخصم فيما يدعى على المفقود من دين ووديعة وشركة فى عقار

لانائب فاعل ، لأن حذفه لايجوز (قوله ومرتد لم يدر ألحق أم لا) أى فإنه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم كافى الحاكم لأنه إذا جهل لحاقه لايمكن الحكم به ، بخلاف ماإذا علم فإنه يحكم به ويكون موتا حكما فيقسم ميراثه على مامر فى بابه (قوله وهو فى حق نفسه حى) مقابله قوله الآتى وميت فى حق غيره .

وحاصله أنه يعتبر حيا فى حق الأحكام التى تضره وهى المتوقفة على ثبوت موته ويعتبر ميتا فيما ينفعه ويضر غيره ، وهو مايتوقف على حياته لأن الأصل أنه حى وأنه إلى الآن كذلك استصحابا للحال السابق ، والاستصحاب حجة ضعيفة تصلح للدفع لاللإثبات : أى تصلح لدفع ماليس بثابت لا لإثباته (قوله نزعه) أى نزع مال المفقود (قوله لما سيجىء الخ) فيه أن ماهنا أودعه بنفسه ومايجىء فى مال مورثه ط .

قلت : لكن يأتى قريبا أنه لو كان له وكيل له حفظ ماله : أى لأنه لاينعزل بفقد الموكل كما يأتى ، لكن نقل ابن المؤيد عن جامع الفصولين : لو أخذ القاضى وديعة المفقود ممن هى بيده ووضعها عند ثقة لابأس به اه وهذا يخالف مافى المعروضات ، إلا أن يقال مافيها هو فى حق أمين بيت المال ، فليس له ذلك وإن كان المفقود لا وارث له إلا بيت المال ، لأن الوارث حقيقة ليس له ذلك فأمين بيت المال بالأولى ، ومانقلناه إنما هو فى القاضى الذى له ولاية حفظ مال الغائب . والظاهر أنه محمول على ما إذا رأى المصلحة فى ذلك ، بأن كان من المال بيده غير ثقة إلا فهو عبث تأمل (قوله ولا تفسخ إجارته) لأنها وإن كانت تفسخ بموت المؤجر أو المستأجر لكنه لم يثبت موته (قوله المقر بها) بالبناء للمجهول : أى التى أقر بها غرماؤه ، قيد به لما فى النهر : ويخاصم فى دين وجب بعقده بلا خلاف ، لا فيما وجب بعقد المفقود ، ولا فى نصيب له فى عقار أو عرض فى يد رجل ، ولا فى حق من الحقوق إذا جحده من هو عنده أو عليه ، لأنه ليس بمالك ولانائب عنه وإنما هو وكيل من جهة القاضى وهو لايملك الخصومة بلا خلاف (قوله ويقوم عليه) أعم مما قبله لأنه يشمل الحفظ وغيره كحصاد ودياس مثلا (قوله عند الحاجة الخ) متعلق بقوله ونصب القاضى ، وهذا بحث ذكره فى البحر ، أصله أنه إنما ينصب إذا لم يكن له وكيل فى الحفظ أقامه الغائب قبل فقده لأنه لاينعزل بفقده ، لما فى التجنيس : جعل داره بيد رجل ليعمرها أو دفع ماله ليحفظه وفقد الدافع فله الحفظ لا التعمير إلا بإذن الحاكم لأنه لعله مات ولايكون الرجل وصيا اه . وأجاب فى النهر بأن الظاهر أنه أى وكيل المفقود لايملك قبض ديونه التى أقر بها غرماؤه ولا غلاته ، وحينئذ فيحتاج إلى النصب ، وكأن هذا هو السر فى إطلاقهم نصب الوكيل اه .

قلت : وفيه نظر ، لأن مراد البحر أن القاضى إنما ينصب له من يأخذ حقه ويحفظ ماله إذا لم يكن له وكيل فى ذلك ، لأن وكيله لاينعزل بفقده ؛ وقول النهر الظاهر أنه لايملك قبض ديونه الخ غير مسلم إلا بنقل صريح ، لأنه إذا لم ينعزل وقد وكله بذلك فما المانع له منه ؟ فلذا والله أعلم لم يعول الشارح على كلامه (قوله ليس بخصم فيما يدعى على المفقود) ولا فيما يدعى له كما علمته . قال فى البحر : وكذا ليس للورثة ماذكر لأنهم يرثونه بعد موته ولم يثبت .

أو رقيق ونحوه) لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه ، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى ، وأنه لايملك الخصومة بلا خلاف ؛ ولو قضى بخصومته لم ينفذ زاد الزيلعى فى القضاء وتبعه الكمال إلا بتنفيذ قاض آخر ، لكن فى الخلاصة : الفتوى على النفاذ يعنى لوالقاضى مجتهدا نهر :

(ولا يبيع) القاضى (مالا يخاف فساده فى نفقة ولا فى غيرها ، بخلاف مايخاف فساده) فإنه يبيعه القاضى ويحفظ ثمنه :

ثم نقل عن البزازية : مات عن ابنين أحدهما مفقود فزعم ورثة المفقود أنه حى وله الميراث والابن الآخر يزعم موته لاخصومة بينهما ، لأن ورثة المفقود اعترفوا أنه لاحق لهم فى التركة فكيف يخاصمون عمهم اه لأن اعترافهم بحياته اعتراف بأن الحق له (قوله ونحوه) أى نحوماذكر من رد بعيب أو مطالبة لاستحقاق بحر (قوله بلا خلاف) لمافيه من تضمن الحكم على الغائب وإنما الخلاف المعروف بينهم فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة أم لا ؟ فعنده يملكها وعندهما لا اه ح عن الزيلعى:

مطلب قضاء القاضى ثلاثة أقسام

(قوله لم ينفذ) اعلم أن قضاء القاضى ثلاثة أقسام : قسم يرد بكل حال ، وهو ماخالف النص أو الإجماع: وقسم يمضى بكل حال ، حتى لو رفع إلى قاض آخر لايراه نفذه وأمضاه ولا يبطله ، وهو مايكون الخلاف فيه لا فى نفس القضاء بل في سببه . وأمثلته كثيرة : منها لو قضى شافعى بشهادة المحدودين بعد التوبة أو قضى لامرأة بشهادة زوجها وأجنبى نفذ ؛ ولو رفع إلى حنفى لزمه تنفيذه لأن الاختلاف فى سبب القضاء ، وهو أن شهادة هؤلاء هل تصير حجة للحكم أم لا ، أما نفس الحكم فلا اختلاف فيه . والقسم الثالث الحكم المجتهد فيه ، وهو مايقع الخلاف فيه فى نفس الحكم ؛ فقيل ينفذ أيضا ، وقيل لاينفذ إلا إذا نفذه قاض آخر ، فإذا نفذه الثانى نفذ ، حتى لو رفع إلى ثالث أمضاه وإذا أبطله الثانى فليس لأحد أن يجيزه وهذا هو الصحيح . وبعضهم صحح الأول ، وذلك كما لو قضى لولده على أجنبى أو لامرأته بشهادة رجلين ، لأن نفس القضاء مختلف فيه :

واختلفوا فيما لو قضى على الغائب ، فقيل هو من هذا القسم فلا ينفذ إلا بتنفيذ قاض آخر وهو مانقله عن الزيلعى والكمال ، بناء على أن الاختلاف فى نفس القضاء على الغائب . وقيل هو من القسم الثانى فينفذ بلا توقف على تنفيذ قاض آخر ، وهو مانقله عن الخلاصة بناء على أن الاختلاف لا فى نفس القضاء بل فى سببه ، وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أولا ؟ (قوله يعنى لو القاضى مجتهدا) ومثله مالو كان مقلد المجتهد ، وهذا ترجيح لما حققه فى البحر من كتاب القضاء من أن الخلاف فى نفاذ القضاء على الغائب ، محله ما إذا كان مذهب القاضى صحة هذا القضاء بخلاف القاضى الحنفى ، وسيأتى فى القضاء إن شاء الله تعالى تحقيق ذلك (قوله ولا يبيع القاضى مالايخاف فساده) منقولا كان أو عقارا ، لأن القاضى لاولاية له على الغائب إلا فى الحفظ ، وفى البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ ، وما يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها يبيعه ، لأنه تعذر حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه اه من الهداية والفتح .

وفى جامع الفصولين وشرح الوهبانية : للقاضى بيع مال المفقود والأسير من المتاع والرقيق والعقار إذا خيف عليه الفساد ، وليس له بيعها لنفقة عيالهما ، وإن باعها لخوف الضياع فصارت دراهم أو دنانير يعطى النفقة منها بطريقة اه : وفيه شراه فغاب قبل قبضه غيبة منقطعة ولا يدرى أين هو جاز للقاضى بيع المبيع وإيفاء الثمن للبائع

قلت : لكن فى معروضات المفتى أبى السعود أن القضاة وأمناء بيت المال فى زمننا مأمورون بالبيع مطلقا وإن لم يخف فساده ، فإن ظهر حياً فله الثمن لأن القضاة غير مأمورين بفسخه ، نعم إذا بيع بغبن فاحش فله فسخه اه فليحفظ .

(وينفق على عرسه وقريبه ولادا) وهم أصوله وفروعه (ولا يفرق بينه وبينها ولو بعد مضى أربع سنين) خلافا لمالك

لو كان المبيع منقولا لالو عقارا . وعلى هذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة فرفع المرتهن الأمر للقاضى ليبيع الرهن بدينه ينبغى أن يجوز كما فى هذه المسألة اه .

قلت : ومسألة بيع المبيع ذكرها المصنف فى متفرقات البيوع ، وذكر فى النهر هناك أنه لوغاب بعد قبض المبيع ليس للقاضى بيعه ، ومسألة بيع الرهن ذكرها الشارح فى كتاب الرهن ، ومقتضى قياس هذه على المسألة الأولى تخصيص الرهن بكونه منقولا تأمل (قوله مأمورون بالبيع) أى أمرهم السلطان بذلك .

أقول : كيف يتجه هذا الأمر مع مخالفته لما ذكره المصنف تبعا لما فى كتب المذهب كالهداية وغيرها وكافى الحاكم الشهيد بلا حكاية خلاف . إلا أن يقال إنه إذن للقضاة بالحكم على مذهب الغير ، لكن فى حكم القاضى بخلاف مذهبه كلام مذكور فى كتاب القضاء ، على أن أمر قضاة زمانه لايسرى على غيرهم كما حرره فى الخيرية (قوله وينفق) أى الوكيل المنصوب نهر : أى ينفق من مال المفقود الحاصل فى بيته والواصل من ثمن مايتسارع إليه الفساد ومن مال مودوع عند مقر ودين على مقر ، وتمامه فى الفتح والبحر (قوله ولادا) نصب على التمييز نهر (قوله وهم أصوله وفروعه) أعاد الضمير بالجمع على القريب لأنه يصدق على الواحد والأكثر ، والمراد الأصول وإن علوا والفروع وإن سفلوا ، ولم يشترط الفقر فى الأصول استغناء بما مر فى النفقات ؛ وإنما ينفق عليهم لأن وجوب النفقة لهم ولا يتوقف على القضاء فكان إعانة لهم ، بخلاف غير الولاد من الأخ ونحوه فإن وجوبها يتوقف عليه ، فكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز ، وهذا الإطلاق مقيد بالدراهم والدنانير والتبر لأن حقهم فى المطعوم والملبوس ، فإن لم يكن ذلك فى ماله احتيج إلى القضاء بالقيمة وهى النقدان ، وقد علمت أنه على الغائب لايجوز إلا فى الأب فإن له بيع العرض لنفقته استحسانا كما فى المبسوط ، وقدم المصنف فى النفقات أن لهؤلاء أخذ النفقة من مودعه ومديونه المقرين بالنكاح والنسب إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى ، فإن ظهرا لم يشترط أو أحدهما اشترط الإقرار بما خفى هو الصحيح ، فإن أنكر الوديعة والدين لم ينتصب أحد من هؤلاء خصما فيه والمسألة بفروعها مرت نهر : أى مرت فى النفقات .

مطلب فى الإفتاء بمذهب مالك فى زوجة المفقود

(قوله خلافا لمالك) فإن عنده تعتد زوجة المفقود عدة الوفاة بعد مضى أربع سنين ، وهو مذهب الشافعى القديم وأما الميراث فمذهبهما كمذهبنا فى التقدير بتسعين سنة ، أو الرجوع إلى رأى الحاكم . وعند أحمد إن كان يغلب على حاله الهلاك كمن فقد بين الصفين أو فى مركب قد انكسر أوخرج لحاجة قريبة فلم يرجع ولم يعلم خبره فهذا بعد أربع سنين يقسم ماله وتعتد زوجته ، بخلاف ما إذا لم يغلب عليه الهلاك كالمسافر لتجارة أو لسياحة فإنه يفوض للحاكم فى رواية عنه ، وفى أخرى يقدر بتسعين من مولده كما فى شرح ابن الشحنة ، لكنه اعترض على الناظم بأنه لاحاجة للحنفى إلى ذلك أى لأن ذلك خلاف مذهبنا فحذفه أولى . وقال فى الدر المنتقى : ليس بأولى ، لقول القهستانى : لو أفتى به فى موضع الضرورة لابأس به على ما أظن اه .

(وميت فى حق غيره فلا يرث من غيره) حتى لو مات رجل عن بنتين وابن مفقود وللمفقود بنتان وأبناء والتركة فى يد البنتين والكل مقرون بفقد الابن واختصموا للقاضى لاينبغى له أن يحرك المال عن موضعه : أى لاينزعه من يد البنتين خزانة المفتين (ولا يستحق ما أوصى له إذا مات الموصى بل يوقف قسطه إلى موت أقرانه فى بلده على المذهب) لأنه الغالب ،

قلت :ونظير هذه المسألة عدة ممتدة الطهر التى بلغت برؤية الدم ثلاثة أيام ثم امتد طهرها فإنها تبقى فى العدة إلى أن تحيض ثلاث حيض . وعند مالك تنقضى عدتها بتسعة أشهر . وقد قال فى البزازية : الفتوى فى زماننا على قول مالك : وقال الزاهدى كان بعض أصحابنا يفتون به للضرورة :

واعترضه فى النهر وغيره بأنه لاداعى إلى الإفتاء بمذهب الغير لإمكان الترافع إلى مالكى يحكم بمذهبه ، وعلى ذلك مشى ابن وهبان فى منظومته هناك ، لكن قدمنا أن الكلام عند تحقق الضرورة حيث لم يوجد مالكى يحكم به (قوله وميت فى حق غيره) معطوف على قوله وهو فى حق نفسه حى كما مر (قوله وللمفقود بنتان وأبناء) الظاهر أنه بالمد جمع ابن ، إذ لا يصح أن يكون مفردا منصوبا . وفى بعض النسخ وابنان بصيغة المثنى ، وفى بعضها وابن بصيغة المفرد والكل صحيح (قوله والتركة فى يد البنتين) أى بنتى الرجل الميت . واعلم أن فى هذه المسألة ست صور والمذكور هنا صورة واحدة منها :

وحاصل الصور أن المال ، إما أن يكون فى يد أجنبى أو فى يد البنتين أو فى يد أولاد الابن ، وعلى كل إما أن يتفقوا على الفقد أو ينكره من فى يده المال ويدعى أنه مات ، وأحكام الكل مبينة فى الفتح فراجعه إن شئت (قوله أى لاينزعه من يد البنتين) بل يقضى لهما بالنصف ميراثا ويوقف النصف فى أيديهما على حكم ملك الميت ، فإن ظهر المفقود حيا دفع إليه ، وإن ظهر ميتا أعطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقى لأولاد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين فتح (قوله ولا يستحق الخ) أى لا يحكم باستحقاقه للوصية بعد موت الموصى ولا بعدمه ، بل يوقف إلى ظهور الحال ، فإن ظهر إلى آخر ماسيذكره المصنف (قوله إلى موت أقرانه) هذا ليس خاصا بالوصية بل هو حكمه العام فى جميع أحكامه من قسمة ميراثه وبينونة زوجته وغير ذلك (قوله فى بلده) هو الأصح بحر ، وقيل المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد فإن الأعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الأقطار بحسب إجرائه سبحانه العادة ، ولذا قالوا : الصقالبة أطول أعمارا من الروم ، لكن فى تعرف موت أقرانه من البلاد حرج عظيم ، بخلافه من بلده فإنما فيه نوع حرج محتمل فتح (قوله على المذهب) وقيل يقدر بتسعين سنة بتقديم التاء من حين ولادته ، واختاره فى الكنز ، وهو الأرفق هداية ، وعليه الفتوى ذخيرة ، وقيل بمائة ، وقيل بمائة وعشرين ، واختار المتأخرون ستين سنة ، واختار ابن الهمام سبعين لقوله عليه الصلاة والسلام « أعمار أمتى مابين الستين إلى السبعين » فكانت المنتهى غالبا . وذكر فى شرح الوهبانية أنه حكاه فى الينابيع عن بعضهم . قال فى البحر : والعجب كيف يختارون خلاف ظاهر المذهب مع أنه واجب الاتباع على مقلد أبى حنيفة . وأجاب فى النهر بأن التفحص عن موت الأقران غير ممكن أو فيه حرج ، فعن هذا اختاروا تقديره بالسن اهـ :

قلت : وقد يقال : لا مخالفة بل هو تفسير لظاهر الرواية وهو موت الأقران ، لكن اختلفوا ؛ فمنهم من اعتبر أطول ما يعيش إليه الأقران غالبا ، ثم اختلفوا فيه هل هو تسعون أو مائة أو مائة وعشرون ، ومنهم وهم المتأخرون اعتبروا الغالب من الأعمار ، أى أكثر ما يعيش إليه الأقران غالبا لا أطوله فقدروه بستين لأن من يعيش فوقها نادر والحكم للغالب ، وقدره ابن الهمام بسبعين للحديث لأنها نهاية هذا الغالب ويشير إلى هذا الجواب قوله فى الفتح بعد حكاية الأقوال :

واختار الزيلعي تفويضه للإمام .

وطريق قبول البينة أن يجعل القاضي من في يده المال خصما عنه أو ينصب عليه فيما تقبل عليه البينة نهر :

قلت : وفي واقعات المفتين لقدري أفندي معزيا للقنية أنه إنما يحكم بموته بقضاء لأنه أمر محتمل ، فما لم ينضم إليه القضاء لايكون حجة (فإن ظهر قبله) قبل موت أقرانه (حيا فله ذلك) القسط

والحاصل أن الاختلاف ماجاء إلا من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقا اهـ (قوله واختار الزيلعي تفويضه للإمام) قال في الفتح : فأي وقت رأى المصلحة حكم بموته . قال في النهر : وفي الينابيع : قيل يفوض إلى رأي القاضي ، ولاتقدير فيه في ظاهر الرواية. وفي القنية : جعل هذا رواية عن الإمام اهـ

قلت : والظاهر أن هذا غير خارج عن ظاهر الرواية أيضا ، بل هو أقرب إليه من القول بالتقدير لأنه فسره في شرح الوهبانية بأن ينظر ويجتهد ويفعل مايغلب على ظنه فلا يقول بالتقدير ، لأنه لم يرد به الشرع بل ينظر في الأقران وفي الزمان والمكان ويجتهد ، ثم نقل عن مغني الحنابلة حكايته عن الشافعي ومحمد ، وأنه المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف. وقال الزيلعي: لأنه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص فإن الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه قد مات اهـ ومقتضاه أنه يجتهد ويحكم القرائن الظاهرة الدالة على موته وعلى هذا يبتنى على مافي جامع الفتاوى حيث قال : وإذا فقد في المهلكة فموته غالب فيحكم به ، كما إذا فقد في وقت الملاقاة مع العدو أو مع قطاع الطريق ، أو سافر على المرض الغالب هلاكه ، أو كان سفره في البحر وماأشبه ذلك حكم بموته لأنه الغالب في هذه الحالات وإن كان بين احتمالين ، واحتمال موته ناشئ عن دليل لا احتمال حياته لأن هذا الاحتمال كاحتمال ما إذا بلغ المفقود مقدار مالا يعيش على حسب ما اختلفوا في مقدار نقل من الغنية اهـ مافي جامع الفتاوى . وأفتى به بعض مشايخ مشايخنا وقال إنه أفتى به قاضي زاده صاحب بحر الفتاوى ، لكن لايخفى أنه لابد من مضي مدة طويلة حتى يغلب على الظن موته لابمجرد فقده عند ملاقاة العدو أو سفر البحر ونحوه إلاإذا كان ملكا عظيما فإنه إذا بقي حيا تشتهر حياته ، فلذا قلنا إن هذا مبني على ماقاله الزيلعي تأمل (قوله وطريق قبول البينة) فيه إيهام أنه يحتاج إلى بينة على موت أقرانه وليس بمراد، بل المراد ما إذاقامت بينة على موته حقيقة . ففي النهر عن التتارخانية : ثم طريق موته إما بالبينة أو موت الأقران . وطريق قبول هذه البينة أن يجعل القاضي الخ (قوله أو ينصب عليه قيما) أي إذا لم يكن له وكيل يحفظ ماله ينصب عنه مسخرا لإثبات دعوى موته من زوجته أو أحد ورثته أو غريمه (قوله بقضاء الخ) هو أحد قولين: قال القهستاني : وفي الفاء من قوله فتعتد عرسه دلالة على أنه يحكم بموته بمجرد انقضاء المدة فلا يتوقف على قضاء القاضي كما قال شرف الأئمة وقال نجم الأئمة القاضي عبد الرحيم نص على أنه يتوقف عليه كما في المنية اهـ ، وما قاله شرف الأئمة موافق للمتون سائحاني .

قلت : لكن المتبادر من العبارة أن المنصوص عليه في المذهب الثاني . ثم رأيت عبارة الواقعات عن القنية أن هذا أي ماروى عن أبي حنيفة من تفويض موته إلى رأي القاضي نص على أنه إنما يحكم بموته بقضاء الخ (قوله فإن ظهر قبله) هذه القبلية لامفهوم لها وإن ذكرها الكثيرون سائحاني ، ولذا قال في البحر : وإن علم حياته في وقت من الأوقات يرث من مات قبل ذلك الوقت من أقاربه اهـ لكن لو عاد حيا بعد الحكم بموت أقرانه قال ط : الظاهر أنه كالميت إذا أحيي ، والمرتد إذا أسلم ، فالباقي في يد ورثته له ولا يطالب بما ذهب . قال : ثم بعد رقمه رأيت المرحوم أباالسعود نقله عن الشيخ شاهين ونقل أن زوجته له والأولاد للثاني اهـ تأمل (قوله فله ذلك القسط)

(وبعده يحكم بموته فى حق ماله يوم علم ذلك) أى موت أقرانه (فتعتد) منه (عرسه للموت ويقسم ماله بين من يرثه الآن و) يحكم بموته (فى) حق (مال غيره من حين فقده فيرد) الموقوف له إلى من يرث مورثه عند موته) لما تقرر أن الاستصحاب وهو ظاهر الحال حجة دافعة لامثبتة (ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط) الوارث (شيئا ، وإن انتقص حقه) به (أعطى أقل النصيبين) ويوقف الباقى (كالحمل) ومحله الفرائض ، ولذا حذفه القدورى وغيره .

[فرع] ليس للقاضى تزويج أمة غائب ومجنون وعبدهما ، وله أن يكاتبهما ويبيعهما .

كتاب الشركة

لايخفى مناسبتها للمفقود من حيث الأمانة ، بل قد تحقق فى ماله عند موت مورثه .

(هى) بكسر فسكون فى المعروف

أى الموقوف له من الوصية وكذا الإرث كما علمت (قوله وبعده) أى بعد موت أقرانه وهو متعلق بقوله يحكم لابقوله ظهر لأنه يصير المعنى وإن ظهر حيا بعد موت أقرانه يحكم بموته الخ وهو فاسد كما لايخفى (قوله فتعتد منه عرسه للموت) أى عدة الوفاة ويرد قسطه من الوصية إلى ورثة الموصى (قوله بين من يرثه الآن) أى حين حكم بموته لامن مات قبل ذلك الوقت من ورثته زيلعى ، وكذا يحكم بعتق مدبريه وأمهات أولاده فى ذلك الوقت بحر (قوله من حين فقده) أى مالم تعلم حياته فى وقت كما مر (قوله عند موته) أى موت المورث (قوله حجة دافعة) فتدفع ثبوت حق لغيره فى ماله (قوله لامثبتة) فلا يثبت له حق فى مال غيره (قوله ولو كان مع المفقود وارث يحجب به الخ) أى يحجب ذلك الوارث بالمفقود ، ويظهر هذا من المثال السابق حيث لم يعط أولاد الابن المفقود شيئا قبل ظهور حياته لحجبهم به وأعطى البنتان النصف فقط دون الثلثين ووقف لهما السدس ولأولاد الابن الثلث إلى ظهور موته فإن ظهر حيا أخذ النصف الموقوف (قوله كالحمل) فإنه لو كان معه وارث لايتغير إرثه بحال يعطى كل نصيبه ، وإن كان ينقص حقه به يعطى الأقل ، وإن كان يسقط به لايعطى شيئا فلو ترك ابنا وزوجة حاملا تعطى الزوجة الثمن لأنه لايتغير والابن نصف الباقى لأنه أقل من كل الباقى على تقدير موت الحمل ومن ثلثى الباقى على تقدير كون الحمل أنثى ، ولو ترك زوجة حاملا وأخا شقيقا أو عما لايعطى شيئا لاحتمال ذكورة الحمل (قوله ولذا حذفه) أى حذف قوله ولو كان مع المفقود وارث الخ (قوله فرع الخ) عزاه فى الدرر إلى فصول العمادى (قوله ويبيعهما) فى شرح الوهبانية عن القنية : فقدت مولاها ولاتجد نفقة وخيف عليها الفاحشة فللقاضى أن يبيعها أو يؤجرها من امرأة ثقة وليس له تزويجها اه والله سبحانه أعلم .

كتاب الشركة

قيل مشروعيتها ثابتة بالكتاب والسنة والمعقول . واختلفوا فى النص المفيد لذلك . قال فى الفتح : ولا شك أن مشروعيتها أظهر ثبوتا ، إذ التوارث والتعامل بها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لايحتاج فيه لإثبات حديث بعينه (قوله من حيث الأمانة) فإن مال أحد الشريكين أمانة فى يد الآخر ، كما أن مال المفقود أمانة فى يد الحاضر بحر ، وجعل فى الفتح هذه مناسبة عامة فيهما وفى الآبق واللقيط واللقطة (قوله بل قد تحقق فى ماله) هذه مناسبة خاصة ، بيانها أنه لو مات أبوه عنه وعن ابن آخر فإن مال المفقود من التركة على تقدير حياته مشترك : أى مختلط مع مال أخيه (قوله بكسر فسكون فى المعروف) كذا فى الفتح : أى المشهور فيها كسر الشين

لغة الخلط ، سمى بها العقد لأنها سببه . وشرعا (عبارة عن عقد بين المتشاركين فى الأصل والربح) جوهرة . (وركنها فى شركة العين اختلاطهما ، وفى العقد اللفظ المفيد له) وشرط جوازها كون الواحد قابلا للشركة (وهى ضربان: شركة ملك ، وهى أن يملك متعدد) اثنان فأكثر (عينا) أو حفظا كثوب هبه الريح فى دارهما فإنهما شريكان فى الحفظ قهستانى (أو دينا) على ماهو الحق ؛ فلو دفع المديون لأحدهما فللآخر الرجوع بنصف

وسكون الراء قال فى النهر : ولك فتح الشين مع كسر الراء وسكونها (قوله لغة الخلط) قال فى الفتح : هى لغة خلط النصيبين بحيث لايتميز أحدهما ، وماقيل اختلاط النصيبين تساهل لأنها اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الإنسان وفعله الخلط . وأما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة ، وتمامه فيه .

قلت : لكن الشركة قد تتحقق بالاختلاط كما يأتى ، فيلزم أن لايكون لها اسم تأمل ، إلا أن يقال إن أهل اللغة لايسمونها شركة (قوله سمى بها العقد) عبارة الزيلعى : ثم يطلق اسم الشركة على العقد مجازا لكونه سببا له (قوله لأنها سببه) الضمير الأول عائد إلى العقد بتأويل الشركة ، والثانى إلى الخلط اهـ ح . والأظهر تذكير الضميرين كعبارة الزيلعى ، أو يقول لأنه سببها أى لأن العقد سبب الشركة التى حقيقتها الخلط فالعلاقة السببية ، من إطلاق اسم المسبب على سببه . قال فى الفتح : فإذاقيل شركة العقد بالإضافة فهى إضافة بيانية (قوله وشرعا الخ) ظاهر كلامهم اتحاد اللغوى والشرعى فإنها فى الشرع تطلق على الخلط وكذا على العقد مجازا تأمل ، بدليل تقسيمهم لها إلى شركة عقد وشركة ملك . والثانية تكون بالخلط أو الاختلاط إلا أن يقال المراد تعريف شركة العقد فقط لأنها التى فصلت أنواعها إلى أربعة من مفاوضة وغيرها تأمل (قوله فى شركة العين) أى الملك فإنها فى مقابلة العقد الذى هو عرض غير عين ، وقوله اختلاطهما أى اختلاط المالين بحيث لايتميز أحدهما ، وعبر بالاختلاط تبعا للفتح مع أن مقتضى مامر التعبير بالخلط تأمل (قوله اللفظ المفيد له) أى لعقد الشركة ، وهو الإيجاب والقبول ولو معنى كماسيأتى (قوله كون الواحد الخ) كذا فى البحر عن المحيط . والظاهر أن المرد بالواحد المعقود عليه احترازا عن المباحات والنكاح والوقف ، لما سيأتى من قوله وشرطها كون المعقود عليه قابلا للوكالة ، فإن المراد من قبوله الاشتراط (قوله وهى ضربان) أى الشركة من حيث هى لابقيد كونها شركة عقد ففيه شبه الاستخدام وإلا كان من تقسيم الشئ إلى نفسه وإلى غيره (قوله شركة ملك) أى اختصاص فالإضافة بمعنى الباء كما فى المغرب قهستانى (قوله أو حفظا) دخوله فى الملك المفسر بالاختصار ظاهر ، والمقصود بيان اشتراكهما فى الحفظ وثبوت الحق لهما الواحد فقط ، ولا يلزم من ذكر مسألة فى باب جريان جميع أحكام الباب فيها كالدين المشترك فإنه لاتجرى فيه جميع أحكام العين فافهم (قوله هبه الريح) حقه أن يقال هبت به الريح لما فى القاموس : الهب والهبوب ثوران الريح ، وهبه هبا وهبة بالفتح وهبة بالكسر قطعه اهـ فقد جعل المتعدى بمعنى القاطع وهو غير مراد هنا كما لايخفى .

مطلب الحق أن الدين يملك

(قوله على ما هو الحق) قال فى الفتح : إن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة فى الدين ، فقيل مجاز لأن الدين وصف شرعى لايملك . وقد يقال : بل يملك شرعا ، ولذا جاز هبته ممن عليه . وقد يقال : إن الهبة مجاز عن الإسقاط ، ولذا لم تجز من غير من عليه . والحق ماذكروا من ملكه ، ولذا ملك ماعنه من العين على

ما أخذ فتح ، وسيجيء متنافى الصلح وأن من حيل اختصاصه بما أخذه أن يهبه المديون قدر حصته ويهبه رب الدين حصته وهبائية (بإرث أو بيع أو غيرهما) بأى سبب كان جبريا أو اختياريا ولو متعاقبا ؛ كما لو اشترى شيئا ثم أشرك فيه آخر منية :

(وكل) من شركاء الملك (أجنبى) فى الامتناع عن تصرف مضر (فى مال صاحبه) لعدم تضمنها الوكالة (فصح له بيع حصته ولو من غير شريكه بلا إذن إلا فى صورة الخلط) لماليهما بفعلهما كحنطة بشعير وكبناء وشجر وزرع مشترك قهستانى ، وتمامه فى الفصل الثلاثين من العمادية ، ونحوه فى فتاوى ابن نجيم ؛ وفيها بعد ورقتين أن المبطخة كذلك ،

الاشتراك حتى لو دفع الخ اه وقوله ملك ماعنه الخ أى لو صالح أحدهما عن نصيبه على عين كثوب مثلا ملكه مشتركا بينه وبين الآخر ، وتمامه فى الصلح قبيل التخارج (قوله وإن من حيل اختصاصه) أى اختصاص الآخذ بما أخذ دون شريكه ، وهذه الحيلة مذكورة فى الفتح أيضا ، وسيأتى غيرها فى الصلح (قوله بإرث) متعلق بقوله يملك متعدد ط (قوله بأى سبب كان الخ) هو مفهوم قوله بإرث أو بيع ، فإن الأول جبرى والثانى اختيارى ، ومن الأول مالو اختلط مالهما بلا صنع من أحدهما ، ومن الثانى مالو ملكا عينا بهبة أو استيلاء على مال حربى ، أو خلطا مالهما بحيث لايتميز كما يأتى ، أوقبلا وصية بعين لهما كما فى البحر (قوله ولو متعاقبا) مرتبط بقوله أن يملك متعدد ط (قوله ثم أشرك فيه آخر) سيذكر المصنف مسألة الإشراك آخر الشركة (قوله فى الامتناع) الأولى حذفه لأنه أجنبى فى التصرف لافى الامتناع عنه ، إلا أن يقال قوله أجنبى : أى كأجنبى ويكون هذا بيانا لوجه الشبه ط (قوله عن تصرف مضر) احترز به عن غير المضر كالانتفاع ببيت وخادم وأرض فى غيبة شريكه على ماسيأتى بيانه (قوله فصح له بيع حصته) تفريع على التقييد بمال صاحبه ط (قوله إلا فى صورة الخلط) والاختلاط فإنه لايجوز البيع من غير شريكه بلا إذنه .

والفرق أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء ، بأن اشتريا حنطة أوورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والأجنبى ، بخلاف ما إذا كانت بالخلط أوالاختلاط كان كل حبة مملوكة بجميع أجزائها ليس للآخر فيها شركة ، فإذا باع نصيبه من غير الشريك لايقدر على تسليمه إلا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه ، بخلاف بيعه من الشرك للقدرة على التسليم والتسلم اه فتح وبحر :

قلت : ومثل الخلط والاختلاط بيع مافيه ضرر على الشريك أو البائع أو المشترى ، كبيع الحصة من البناء أو الغراس . وبيع بيت معين من دار مشتركة كما يأتى تحريره (قوله بفعلهما) احتراز عما إذا كان بفعل أحدهما بلا إذن الآخر ، فإن الخالط يملك مال الآخر ويكون مضمونا عليه بالمثل للتعدى (قوله كحنطة بشعير) ومثله حنطة بحنطة بالأولى لتعزر التميز ، وفى الأول يتعسر (قوله وكبناء وشجر وزرع مشترك) صنيعه يقتضى أن هذا من قبيل الخلط وليس كذلك ، وإنما توقف البيع فيه من الأجنبى على إذن شريكه لتضرر الشريك بالقلع والهدم كما سيأتى تفصيله اه ح :

قلت : ويمكن الجواب بأن قوله وكبناء معطوف على قول المصنف فى صورة الخلط فيكون استثناء صورة أخرى وهى مافى بيعه ضرر كما قلنا (قوله ونحوه فى فتاوى ابن نجيم) أى فى كتاب البيع حيث أفتى بأنه لو باع أحد الشريكين فى البناء حصته لأجنبى لايجوز ولشريكه جاز ، وأفتى أيضا بأنه لو باع حصته من الزرع لأجنبى بلا رضا شريكه لايجوز ، ومفاده تقييد الأول أيضا بما إذا لم يرض الشريك أفاده ح . وفى الخيرية صرحوا بأن بيع الحصة فى البناء والغرس لغير الشريك لايجوز (قوله وفيها بعد ورقتين أن المبطخة كذلك) ونصه : سئل

لـكن فيها بعد ورقتين أخريين جواز بيع البناء أو الغراس المشترك فى الأرض المحتكرة ولو للأجنبى

فى مبطخة بين شريكين باع أحدهما حصته لأجنبى بثمن معلوم بدون رضا شريكه هل يجوز البيع أم لا ؟ أجاب لايجوز البيع اه والمراد بالمطبخة : البطيخ المزروع لاأرض البطيخ إذ بيعه مع الأرض جائز ، والمراد أيضا ماإذا باعه قبل النضج لأن فيه ضررا على الشريك بالقطع . قال فى جامع الفصولين : باع نصيبه من المطبخة برضا شريكه ، فلو ضره لقطع لم يجز البيع ونصيب البائع المشترى مالم يفسخ البيع ولشريكه أن لايرضى بعد الإجازة ، إذ فى قلعه ضرر والإنسان لايجبر على تحمل الضرر اه ، ومفاده أن البيع فاسد قبل الفسخ لقوله ونصيب البائع للمشترى الخ يعنى إذا قبض المبيع .

مطلب مهم فى بيع الحصة الشائعة من البناء أو الغراس

(قوله لـكن فيها الخ) أفتى بمثله فى الفتاوى الخيرية ، واستند إلى مافى فتاوى ابن نجيم ، وبين وجه ذلك حيث قال : سئل فيما إذا باع أحد الشركاء حصته فى الغراس فى الأرض المحتكرة من أجنبى وأعلمه بما على الحصة من الحكر هل يجوز بيعه لـكونه لامطالب له بالقلع فلا يتضرر أم لا ؟ أجاب : نعم يجوز بيعه لعدم الضرر بعدم التكليف بالقلع .

ففى فتاوى الشيخ زين بن نجيم : إذا باع أحد الشريكين فى البناء والغراس فى الأرض المحتكرة حصته من أجنبى هل يجوز البيع منه أم لا ؟ أجاب : نعم يجوز ، وكذا من الشريك ، والله أعلم اه . ووجه عدم المطالبة فى الأرض المحتكرة بالقلع كما هو ظاهر اه مافى الخيرية . وبه ظهر أنه لامخالفة بين هـذا وماتقدم ، لأن مناط الفساد حصول الضرر فافهم ، ولذا قال الطرطوسى بعدكلام : فتحرر لنا من هـذه النقول أن بيع الحصة من الزرع والثمرة والمطبخة بغير الأرض من الأجنبى أو من أحد شريكيه لايجوز ، فلو رضى الشريك ،قيل لايجوز أيضا ، وقيل يجوز . ويظهر لى التوفيق بحمل الأول على ماإذا قصد المشترى إجبار الشريك على القلع ، والثانى على ماإذا لم يقصد ذلك ، ويفهم هذا التوفيق من تعليل المحيط لعدم الجواز بقوله لأن فيه ضررا والإنسان لايجبر على تحمل الضرر وإن رضى به اه ، كما قالوا فيما إذا باع نصف زرعه من رجل لايجوز ، لأن المشترى يطالبه بالقلع فيتضرر البائع فيما لم يبعه وهو النصف الآخر كبيع الجذع فى السقف . ثم إذا طلب المشترى القلع لايجاب إليه نظرا للشريك ، لـكن إن طلب هو أو البائع النقض فسخ البيع لأنه فاسد ، وإن سكت إلى وقت الإدراك انقلب جائزا لزوال المانع . وذكر فى الخانية أن نصيب البائع يكون للمشترى مالم ينقض البيع اه .

وأما بيع هذه المذكورات من الشريك كأرض بينهما فيها زرع لهما لم يدرك فباع أحدهما نصيبه من الزرع لشريكه بدون الأرض ، ففى رواية يجوز ، وفى أخرى لاوعليها جواب عامة الأصحاب ، ولـكنها تحمل على مافيه ضرر بالقلع كبيع رب الأرض من الأكار حصته من الزرع أو الثمرة فلا يجوز لأنه يكلف الأكار القلع فيتضرر . أما لو باع الأكار لرب الأرض فإنه يجوز اتفاقا والدليل قول المحيط لأن البائع يطالبه بالقلع ليفرغ نصيبه من الأرض ، ولايمكن ذلك إلا بقلع الـكل فيتضرر المشترى فيما لم يشتره وهو نصيب لنفسه اهكلام الطرسوسى ملخصا ثم حرر أن حكم الغراس كالزرع ، وهذا كله فيما إذا لم يدرك الزرع والثمر ، وإلا جاز لعدم الضرر بالقلع كما سيذكره الشارح عن الفتاوى : إذا بلغت الأشجار أوان القطع جاز الشراء وإلا فسد ، ومثله الزرع كما فى بيوع البحر عن الولوالجية .

فتنبه ، فلا يجوز بيعه إلا بإذنه ، ولو كانت الدار مشتركة بينهما باع أحدهما بيتا معينا أو نصيبه من بيت معين فللآخر أن يبطل البيع .

والحاصل أن مابلغ أوان قطعه يصح بيع الحصة منه للشريك ولغيره ولو بلا إذن الشريك لعدم الضرر وإلا لم يجز بيعه من الأجنبي بلا إذن الشريك، فلو بإذنه لم يجز إن كان مراد المشترى إجبار الشريك على القلع ، وإلا بأن سكت إلى وقت الإدراك يجوز ، وعلى هذا ما كان فى الأرض المحتكرة لأنه معد للبقاء لاللقطع فلا يتضرر أحدهما ، فلو أراد القطع قبل بلوغ أوانه لايجاب إلى ذلك ، وإذا طلب أحدهما فسخ البيع يجاب لأنه فاسد ، وإنما ينقلب جائزا إذا سكت إلى وقت الإدراك . وأما البناء فذكر الطرطوسى أنه إما أن تكون الأرض لهما أولغيرهما أولأحدهما ، فإن كانت لهما ففى المحيط أنه لو باع أحدهما حصته من البناء فقط لأجنبى لم يجز ولو بإذن الشريك لأن للبائع مطالبته بالهدم وكذا لو كان الكل له فباع نصفه من رجل لأن المشترى يطالبه بالهدم فيتضرر البائع فيما لم يبعه ، ولو باع من شريكه فى رواية جاز ، وفى أخرى لاواختارها أبو الليث لأن البائع يطالبه بتفريغ نصيبه من الأرض وإن كانت الأرض لغيرهما ففى البدائع والخلاصة : لو باع لأجنبى لم يجز لأنه لايمكنه تسليمها إلا بضرر وهو نقض البناء ، ومقتضاه أنه لشريكه يجوز ، لكن ينبغى حمله على مالا ضرر فيه كما لو استعارها للبناء مدة ومضت المدة لأن البائع لاحق له فى الأرض فلا يمكنه مطالبة المشترى بالقلع ، بخلاف الأرض المستأجرة لبقاء حقه فى الأرض إلا أن يؤجره نصيبه منها قبل البيع ، وكذا لو كانت الأرض مغصوبة لأن البناء غير مستحق للبقاء بل للقلع فهو كالمقلوع حقيقة فيصح بيعه ولو لأجنبى ، ومثله الأحكار التى يدفع لها كل سنة مبلغ معلوم بلا إجارة شرعية فينبغى أن يكون كالمغصوبة لأنه مستحق للقلع ، وإن كانت الأرض لأحدهما ، فإن باع أحدهما لأجنبى لايجوز ، وإن لشريكه ينبغى الجواز سواء كان البائع صاحب الأرض أو الآخر لأن البناء هنا لايكون إلا بطريق الإباحة فهو مستحق القلع ، بخلاف الزرع فى أرض أحدهما فإنه بطريق المزارعة وهى عقد لازم فالزرع مستحق البقاء ، فلذا لم يصح بيع صاحب الأرض حصته فى الزرع للمزارع وصح العكس لعدم الضرر ، هذا خلاصة ماحرره الطرطوسى فى أنفع الوسائل .

قلت : والعرف الآن فى العمارة أنها تبنى فى أرض الوقف أو أرض بيت المال بعد استئجار أرض الوقف مدة طويلة على مذهب من يراها ، فإذا باع حصته من البناء لأجنبى بعد ما أحكره الحصة من الأرض أو فرغ له عن حق تصرفه فى الأرض السلطانية بإذن المتكلم عليها صح لعدم الضرر ، وكذا لو تأخر الإحكار أو الفراغ عن البيع لارتفاع المفسد كما مر فيما لو باع حصته من الشجر قبل الإدراك ولم يطلب القلع إلى الإدراك ، وعلى هذا فما مر عن البدائع والخلاصة من عدم الجواز للأجنبى ينبغى حمله على ما إذا كانت الأرض مستعارة بقرينة التعليل وذلك لأن المشترى غير مستعير ولابد من تسليم المبيع فلابد من الهدم ، وفيه ضرر على الشريك ، بخلاف ما إذا كانت فى أرض وقف أو أرض سلطانية لأنه يمكنه تسليم المبيع مع الأرض فيقوم المشترى مقام البائع إذا كان قصده إبقاء البناء وتزول علة الفساد التى ذكرها ، وهذا ما استند إليه الخير الرملى فى علة الجواز تبعا لابن نجيم كما مر ، لكنه سوى بين الغراس والبناء ، فيحمل مامر من عدم الجواز فى الغراس الذى لم يبلغ أوان القطع على ما إذا كانت الأرض للبائع ، وقد استوفينا الكلام على هذه المسائل فى كتابنا [العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية] فراجعه

(قوله فتنبه) أشار به إلى وجه التوفيق الذى ذكرناه بين كلامى ابن نجيم (قوله فلا يجوز بيعه إلا بإذنه) راجع إلى قوله إلا فى صورة الخلط وما بعده اه ح وقد سقط فى بعض النسخ من هنا إلى قوله والاختلاط (قوله فللآخر أن يبطل البيع) كذا فى غالب كتب المذهب معللين بتضرر الشريك بذلك عند القسمة ، إذ لو صح فى نصيبه لتعين

وفى الواقعات : دار بين رجلين باع أحدهما نصيبه لآخر لم يجز ، لأنه لايخلو إما إن باعه بشرط الترك أو بشرط القلع أو الهدم . أما الأول فلا يجوز لأنه شرط منفعة للمشترى سوى البيع فصار كشرط إجارة فى البيع ، ولا يجوز بشرط الهدم والقلع لأن فيه ضررا بالشريك الذى لم يبع .

وفى الفتاوى : مشجرة بين قوم باع أحدهم نصيبه مشاعا والأشجار قد انتهت أوان القطع حتى لايضرها القطع جاز الشراء ، وللمشترى أن يقطع لأنه ليس فى القسم ضرر .

وفى النوازل : باع نصيبه من المشجرة بلا أرض بلا إذن شريكه ، إن بلغت أوان انقطاعها جاز البيع لأنه لايتضرر المشترى بالقسمة وإن لم تبلغ فسد لتضرره بها . وفيها : باع بناء بلا أرضه على أن يشترك المشترى البناء فالبيع فاسد عمادية من الفصل الثالث من مسائل الشيوع (والاختلاط) بلا صنع من أحدهما فلا يجوز بيعه إلا بإذنه لعدم شيوع الشركة فى كل حبة ، بخلاف نحو حمام وطاحون وعبد ودابة حيث يصح بيع حصته اتفاقا كما بسطه المصنف فى فتاويه . ثم الظاهر أن البيع ليس بقيد ، بل المراد الإخراج عن الملك ولو بهبة أو وصية ،

نصيبه فيه ، فإذا وقعت القسمة للدار كان ذلك ضررا على الشريك إذلا سبيل إلى جمع نصيب الشريك فيه والحال هذه ، لأن نصفه للمشترى ولاجمع نصيب البائع فيه لفوات ذلك ببيعه النصف ، وإذا سلم الأمر من ذلك انتفى ذلك وسهل طريق القسمة كذا فى الخيرية من البيع (قوله باع أحدهما نصيبه) أى من البناء فقط كما هو صريح العمادية ، أما بيع النصيب من الدار بتمامها فلا مانع من جوازه أفاده ح (قوله بشرط القلع أو الهدم) أى قلع الأخشاب أو هدم البناء والعمارة . والذى فى ح عن العمادية والهدم بالواو (قوله كشرط إجارة فى البيع) أى كما لو باع البناء واشترط عليه إجارة الأرض وهو مفسد للعقد لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين (قوله باع أحدهم نصيبه) أى من الشجر ، وبه عبر فى شرح الملتقى ط (قوله قد انتهت أوان القطع) الأولى قد انتهى أوان قطعها ، وهذا إنما يظهر فى شجر يراد منه القطع ، بخلاف مايراد منه الثمر ط (قوله حتى لا يضرها) أى لا يضر الأشجار . وفى نسخة لا يضرهما بضمير التثنية : أى لا يضر الشريك والمشترى (قوله وللمشترى أن يقطع) أى بعد القسمة ط (قوله وفى النوازل) هو عين ما فى الفتاوى ط ، لكن أعاده لأن فيه التصريح بقوله بلا أرض ، وبقوله بلا إذن شريكه .

ومفاده أنه لو باع نصيبه من الأرض والشجر يصح وإن لم يبلغ أوان القطع لأنه ليس لأحدهما أن يطالب شريكه بالقلع ، لأن ماتحته ملكه فلايتضرر أحدهما كما فى أنفع الوسائل عن المحيط ، وأنه لو باع بإذن شريكه أو من الشريك نفسه أنه يصح أيضا ، وتقدم الكلام عليه (قوله وفيها الخ) هى مسألة الواقعات ط (قوله والاختلاط بلا صنع من أحدهما) كما إذا انشق الكيسان فاختلط مافيهما من الدراهم ط عن الشلبى (قوله لعدم شيوع الشركة الخ) يشير إلى الفرق الذى قدمناه عن الفتح والبحر (قوله حيث يصح بيع حصته) أى من غير شريكه ط (قوله كما بسطه المصنف فى فتاويه) حاصل مابسطه ، هو ماقدمناه من ذكر الفرق بين المشترك بالخلط والاختلاط والمشترك بغيرهما كإرث ونحوه وأنه لايشترط فى صحة البيع الإفراز عند التسليم لاتفاقهم على صحة بيع مشاع لا يمكن إفرازه كالحمام والطاحون والعبد والدابة (قوله ثم الظاهر أن البيع) أى الواقع فى قول المصنف فصح له بيع حصته الخ وهذا مأخوذ من البحر ، لكن إخراج المشترك عن الملك بهبة يشترط له كونه غير قابل للقسمة كبيت صغير وحمام وطاحون ، أما قابلها فلا يصح مالم يقسم فيصير كالمشترك بخلط أو اختلاط وبعد القسمة لاحاجة إلى إذن الشريك

وتمامه فى [الرسالة المباركة ، فى الأشياء المشتركة] وهى نافعة لمن ابتلى بالإفتاء . وزاد الوانى الشفعة أيضا فراجعه . وأما الانتفاع به بغيبة شريكه ففى بيت وخادم وأرض ينتفع بالكل إن كانت الأرض ينفعها الزرع وإلا لا بحر ، بخلاف الدابة ونحوها ، وتمامه فى الفصل الثالث والثلاثين من الفصولين

تأمل (قوله وتمامه فى الرسالة المباركة إلى قوله وأما الانتفاع) ساقط من بعض النسخ قال فى النهر ، وباقى الأحكام فى الأشياء المشتركة بيناه مستوفى فى [الرسالة المباركة فى الأشياء المشتركة] فعليك بها تزدد بها بهاء ، فإنها لمن ابتلى بالإفتاء نافعة ، وأنوار القبول عليها ساطعة (قوله وزاد الوانى) أى محشى الدرر حيث قال : قوله إلا فى صورة الخلط الاختلاط اعترض عليه بأنه ينبغى أن يشير إلى استثناء صورة الشفعة أيضا ، فإنهما لو ورثا أرضا لايجوز أن يبيع أحد الوارثين حصته من الأرض من غير شريكه إلا بإذنه ، ولا يخفى أن هذه الصورة غير خارجة عن صورة الاختلاط اه وفيه تأمل ، بل هذه الصورة من الشركة بسبب جبرى ، فإذا آلت إليهما بالإرث جاز لكل التصرف فى حصته وإن كان لشريكه الشفعة ط .

قلت : ويؤيده أن قوله إلا فى صورة الخلط والاختلاط استثناء من صحة البيع بلا إذن الشريك .

وحاصله توقف الصحة على إذن الشريك ، وهذا لايتأتى فى الشفعة فإن بيع الحصة من الدار صحيح وإن كان للشريك حق التملك بالشفعة ، فإنه إذا ادعى الشفعة يتملكها ملكا جديدا ، وإن سكت يبقى ملك المشترى على حاله سواء أذن أولا (قوله وأما الانتفاع الخ) محترز قوله عن تصرف مضر (قوله ففى بيت وخادم الخ) قال فى جامع الفصولين : وفى الكرم يقوم عليه ، فإذا أدركت الثمرة يبيعه ويأخذ حصته ويقف حصة الغائب فإذا قدم الغائب أجاز بيعه أو ضمنه القيمة ؛ ولو أدى الخراج فمتبرع . أرض بينهما زرع أحدهما كلها تقسم الأرض بينهما ، فما وقع فى نصيبه أقر وما وقع فى نصيب شريكه أمر بقلعه وضمن نقصان الأرض هذا إذا لم يدرك الزرع ، فلو أدرك أو قرب يغرم الزارع لشريكه نقصان نصفه لو انتقصت لأنه غاصب فى نصيب شريكه اه .

قلت : هذا إذا كان الشريك حاضرا كما قيده فى الخانية لأن قسمة الأرض لاتكون مع الغائب ، ولأنه لايكون غاصبا فى صورة الغيبة وإلا لم يكن له زراعتها ، نعم يمكن كونه غاصبا لو كانت الزراعة تنقصها ، لقوله فى الفصولين ويفتى بأنه لو علم أن الزرع ينفع الأرض ولاينقصها فله أن يزرع كلها ، ولو حضر الغائب فله أن ينتفع بكل الأرض مثل تلك المدة لرضا الغائب فى مثله دلالة ؛ ولو علم أن الزرع ينقصها أو الترك ينفعها ويزيدها قوة فليس للحاضر أن يزرع فيها شيئا أصلا إذ الرضا لم يثبت ، وكذا لو مات أحدهما فللشريك أن يزرع اه .

قلت : وفى القنية لايلزم الحاضر فى الملك المشترك أجر ، وليس للغائب استعماله بقدر تلك المدة لأن المهايأة بعد الخصومة اه ، وهذا موافق لما سيأتى آخر الباب عن المنظومة المحبية ، لكنه مخالف لما مر ولما ذكره فى تنوير البصائر عن الخانية أن الدار كالأرض وأن للغائب أن يسكن مثل ما سكن شريكه وأن المشايخ استحسنوا ذلك وهكذا روى عن محمد ، وعليه الفتوى اه وسيأتى تمامه فى الغصب (قوله ينتفع بالكل) فى الخانية : للحاضر أن يسكن كل الدار بقدر حصته ، وفى رواية : له أن يسكن منها قدر حصته ، ولو خاف أن تخرب الدار له أن يسكن كلها اه .

والفرق بين الروايتين أن الرواية المشهورة أنه لو كان له نصف الدار مثلا يسكنها كلها مدة بقدر حصته كنصف سنة ويتركها نصف سنة : وعلى الرواية الثانية يسكن نصفها فقط ، وهذا إذا لم يخف خرابها بالترك ، فلو خاف يسكنها كلها دائما . وذكر فى الفصولين وكذا فى الخادم يستخدمه الحاضر بحصته ، ومقتضاه أنه يستخدمه يوما ويتركه يوما بقدر حصة الغائب ، فإطلاق الشارح فى محل التقييد (قوله بخلاف الدابة) لتفاوت الناس فى الركوب

وشركه عقد) أى واقعة بسبب العقد قابلة للوكالة :

(وركنها) أى ماهيتها (الإيجاب والقبول) ولو معنى ؛كما لودفع له ألفا وقال أخرج مثلها واشتر والربح بيننا :

(وشرطها) أى شركة العقد(كون المعقود عليه قابلا للوكالة)فلا تصح فى مباح كاحتطاب (وعدم مايقطعها كشرط دراهم مسماة من الربح لأحدهما) لأنه قد لايربح غير المسمى (وحكمها الشركة فى الربح ،وهى) أربعة : مفاوضة ، وعنان ، وتقبل ، ووجوه ، وكل من الأخيرين يكون مفاوضة وعنانا كما سيجيء

لا السكنى والاستخدام فصولين ، وهذا ظاهر إذا كان يسكن وحده ؛ أما لو كان له أولاد وعيال كثيرون لاشك أن السكنى تتفاوت أكثر من الركوب، وكذا الاستخدام يتفاوت بكثرة الأعمال والأشغال فليتأمل، وأفاد فى شرح الوهبانية أن المنع فى الركوب خاصة لا فى غيره كالحرث ونحوه (قوله أى واقعة بسبب العقد) أشار به إلى أن الإضافة من الإضافة إلى السبب وهى أقوى الإضافات ، وقد سلف عن الكمال أن الإضافة للبيان ط (قوله قابلة للوكالة) يغنى عنه قول المصنف بعدو شرطها كون المعقود عليه قابلا للوكالة ط (قوله الإيجاب والقبول)كأن يقول أحدهما شاركتك فى كذا ويقبل الآخر ، ولفظ كذا كناية عن الشيء أعم من أن يكون خاصا كالبز والبقل ، أو عاما كما إذا شاركه فى عموم التجارات بحر (قوله ولو معنى) يرجع إلى كل من الإيجاب والقبول ط (قوله كما لو دفع له ألفا) أى وقبل الآخر وأخذها وفعل انعقدت الشركة بحر ، وقوله وأخذها عطف تفسير ،لأن المراد القبول معنى وهو بنفس الأخذ :

مطلب شركة العقد

(قوله وشرطها الخ) أفاد أن كل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة وذلك ليكون مايستفاد بالتصرف مشتركا بينهما ، فيتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك فى الربح ، إذ لولم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه فى النصف وأصيلا فى الآخر لايكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشترى بالمشترى فتح (قوله كاحتطاب) واحتشاش واصطياد وتكد فإن الملك فى كل ذلك يختص بمن باشر السبب فتح :

(قوله وحكمها الشركة فى الربح) الواو للحال ط : أى فيلزم انتفاء حكمها لولم يربح غير المسمى، ويحتمل كون الواو للعطف على قوله وشرطها .

مطلب اشتراط الربح متفاوتا صحيح ، بخلاف اشتراط الخسران

[تنبيه] ويندب الإشهاد عليها ، وذكر محمد كيفية كتابتهم فقال هذا مااشترك عليه فلان وفلان اشتراكا على تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ثم يبين قدر رأس مال كل منهما ويقول ذلك كله فى أيهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتى ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة ، وهذا وإن ملكه كل بمطلق عقد الشركة إلا أن بعض العلماء يقول لايملكه إلا بالتصريح به ثم يقول : فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤوس أموالهما ، وماكان من وضيعة أوتبعة فكذلك ،ولا خلاف أن اشتراط الوضيعة بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح فيما سيذكر ، فإن اشترطا التفاوت فيه كتباه كذلك ، ويكتب التاريخ كى لايدعى أحدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل التاريخ فتح (قوله وهى) أى شركة العقد ، وقوله أربعة خبر عنه ،وقول المصنف إما مفاوضة مع ماعطف عليه بدل منه تأمل (قوله وكل من الأخيرين) أى التقبل والوجوه فهى حينئذ ستة ولايخفى مافيه من الركاكة فكان

(إما مفاوضة) من التفويض ، بمعنى المساواة فى كل شىء (إن تضمنت وكالة وكفالة) لصحة الوكالة بالمجهول ضمنا لاقصدا (وتساويا مالا) تصح به الشركة ، وكذا ربحا كما حققه الوانى (وتصرفا ودينا) لايخفى أن التساوى فى التصرف يستلزم التساوى فى الدين ، وأجازها أبو يوسف مع اختلاف الملة مع الكراهة (فلا تصح) مفاوضة وإن صحت عنانا (بين حر وعبد) ولو مكاتبا أو مأذونا (وصبى وبالغ ومسلم وكافر) لعدم المساواة ،

عليه أن يقول وهى ستة : شركة بالمال وبالأعمال ووجوه ، وكل إما مفاوضة أو عنان كما قال الشيخان الطحاوى والكرخى ، وجرى عليه الزيلعى وغيره ، نعم مافعله الشارح حسن من حيث أن قول المصنف إما مفاوضة وإما عنان خاص بشركة المال بدليل قوله بعده وإما تقبل وإما وجوه فقد دفع مايوهمه المتن من أن الأخيرين لايكونان مفاوضة ولاعنانا فافهم ، وسنذكر أن شروط المفاوضة فى المواضع الثلاثة مختلفة ، وأن الظاهر أنها فى الأخيرين مجاز .

مطلب فى شركة المفاوضة

(قوله من التفويض) أو من الفوض الذى منه فاض الماء : إذا عم فتح ، ولذا قال فى الهداية لأنها شركة عامة فى جميع التجارات . وفى القاموس : المفاوضة الاشتراك فى كل شىء المساواة اه لكنها فى الاصطلاح أخص لأنه لايلزم فيها مساواتهما فى العقار والعروض كما أفاده ط (قوله إن تضمنت وكالة وكفالة) أى بأن يكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل ، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه خانية. وقد اعترض ذكر الوكالة بأنه لافائدة فيه لأنه لايختص المفاوضة . وأجاب فى النهر بأنه لابدع فى ذكر شرط الشىء وإن كان شرطا لآخر اه على أن الشرط مجموع الوكالة والكفالة وهذا خاص بالمفاوضة (قوله لصحة الوكالة بالمجموع ضمنا) جواب عما أورد من أن الوكالة بالمجهول لاتصح .

وأورد أيضا أن الكفالة لاتصح بدون قبول المكفول له وهو هنا مجهول . وأجيب بمثل ما أجاب به الشارح فكان عليه أن يذكر الكفالة أيضا، لكن قال فى البحر عقب الجواب المذكور : على أن الفتوى فى الكفالة على الصحة : أى بلا توقف على القبول ، وسبقه إلى هذا فى الدرر ، فالاعتراض بها ساقط من أصله فلذا لم يذكرها الشارح ، لكن فيه اشتباه ، وهو أن الواقع هنا جهالة المكفول له . ولا خلاف فى أن العلم به شرط ، وإنما الخلاف فى اشتراط قبول الكفالة فقيل يشترط وعليه المتون وصححوه، وقيل غير شرط وصحح أيضا (قوله تصح به الشركة) صفة لقوله مالا ، احترز به عما لو اختص أحدهما بملك عرض أو عقار كما يأتى أو دين كما فى الخانية أى قبل قبضه ، فلو قبضه بطلت وانقلبت عنانا ، إذ تشترط المساواة ابتداء وبقاء كما يأتى (قوله كما حققه الوانى) أخذا من كونها عبارة عن المساواة فى جميع ماتتعلق به الشركة وقال فلذا لم يتعرضوا له .

قلت : فى الخانية ويشترط المساواة فى الربح أيضا (قوله يستلزم فى الدين) لأن الكافر إذا اشترى خمرا أو خنزيرا لايقدر المسلم أن يبيعه وكالة من جهته ، فيفوت شرط التساوى فى التصرف ابن كمال (قوله مع الكراهة) لأن الكافر لايهتدى إلى الجائز من العقود زيلعى (قوله ومسلم وكافر) أفاد أنها تصح بين ذميين كنصرانى ومجوسى كما فى الخانية (قوله لعدم المساواة) فإن العبد لايملك التصرف والكفاية إلا بإذن المولى بخلاف الحر والصبى لايملك الكفالة أصلا ويملك التصرف بإذن الولى ، بخلاف البالغ والكافر يقدر على تمليك الخمر وتملكها ، بخلاف المسلم

وأفاد أنها لاتصح بين صبيين لعدم أهليتهما للكفالة ولا مأذونين لتفاوتهما قيمة (وكل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ، ولايشترط ذلك فى العنان كان عنانا) كما مر (لاستجماع شرائطه) كما سيتضح .

(وتصح) المفاوضة (بين حنفى وشافعى) وإن تفاوتا مصرفا فى متروك التسمية لتساويهما ملة ،وولاية الإلزام بالحجة ثابتة (ولا تصح إلا بلفظ المفاوضة) وإن لم يعرفا معناها سراج (أو بيان) جميع (مقتضياتها) إن لم يذكر لفظها ، إذ العبرة للمعنى لا للمبنى ، وإذا صحت (فما اشتراه أحدهما يقع مشتركا إلا طعام أهله وكسوتهم)

أفاده فى الدر والنهر. وفى عبارة ح هنا سقط فتنبه (قوله وأفاد) أى بالدلالة الأولوية (قوله لعدم أهليتهما للكفالة) أى ولو بإذن الولى نهر (قوله ولا مأذونين) ولا مكاتبين نهر ولا بين حر ومكاتب ، ولا بين مجنون وعاقل ح عن الهندية (قوله لتفاوتهما قيمة) أى فإنهما وإن كانا أهلا للكفالة بالإذن إلا أنهما يتفاضلان فيها لأنهما يتفاوتان قيمة فلم يتحقق كون كل منهما كفيلا بجميع مالزم صاحبه نهر ، لأنه إذا استغرق الدين رقبتهما يتعلق بقيمتهما فيلزم مطالبة الأكثر قيمة بأكثر من الآخر (قوله ولايشترط ذلك فى العنان) جملة حالية احترز بها عما يشترط فى العنان أيضا كعدم اشتراط دراهم معلومة من الربح لأحدهما فلا تكون عنانا أيضا (قوله كما مر) فى قوله وإن صحت عنانا ح (قوله لاستجماع شرائطه) أى شرائط العنان (قوله كما سيتضح) أى فى قوله فتصح من أهل التوكيل وإن لم يكن أهلا للكفالة ح (قوله لتساويهما ملة الخ) جواب عما استدل به لأبى يوسف على جوازها بين مسلم وكافر بإبداء الفارق . قال فى الفتح : وأما الحنفى والشافعى فالمساواة بينهما ثابتة لأن الدليل على كونه ليس مالا متقوما قائم ، وولاية الإلزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعى كالحنفى اهـ أى بخلاف الكافر ، فإن الدليل على منع بيع الخمر والخنزير وإن كان قائما لكنه لم يلتزم ملتنا حتى نلزمه بالدليل (قوله وإن لم يعرفا معناها) لأن لفظها علم على تمام المساواة فى أمر الشركة فإذا ذكراه تثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى فتح (قوله أو بيان جميع مقتضياتها) بأن يقول أحدهما وهما حران بالغان مسلمان أو ذميان ، شاركتك فى جميع ما أملك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر فى التجارات والنقد والنسيئة ، وعلى أن كلا ضامن عن الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع فتح .

مطلب فيما يقع كثيراً فى الفلاحين مما صورته شركة مفاوضة

[تنبيه] يقع كثيرا فى الفلاحين ونحوهم أن أحدهم يموت فتقوم أولاده على تركته بلا قسمة ويعملون فيها من حرث وزراعة وبيع وشراء واستدانة ونحو ذلك ، وتارة يكون كبيرهم هو الذى يتولى مهماتهم ويعملون عنده بأمره وكل ذلك على وجه الإطلاق والتفويض ، لكن بلا تصريح بلفظ المفاوضة ولا بيان جميع مقتضياتها مع كون التركة أغلبها أو كلها عروض لاتصح فيها شركة العقد ، ولا شك أن هذه ليست شركة مفاوضة ، خلافا لما أفتى به فى زماننا من لاخبرة له بل هى شركة ملك كما حررته فى تنقيح الحامدية. ثم رأيت التصريح به بعينه فى فتاوى الحانوتى ، فإذا كان سعيهم واحدا ولم يتميز ماحصله كل واحد منهم بعمله يكون ما جمعوه مشتركا بينهم بالسوية وإن اختلفوا فى العمل والرأى كثرة وصوابا كما أفتى به فى الخيرية ،وما اشتراه أحدهم لنفسه يكون له ويضمن حصة شركائه من ثمنه إذا دفعه من المال المشترك، وكل ما استدانه أحدهم يطالب به وحده .

وقد سئل فى الخيرية من كتاب الدعوى عن إخوة أشقاء عائلتهم وكسبهم واحد وكل مفوض لأخيه جميع التصرفات ادعى أحدهم أنه اشترى بستانا لنفسه . فأجاب : إذا قامت البينة على أنه من شركة المفاوضة تقبل وإن كتب فى

استحسانا لأن المعلوم بدلالة الحال كالمشروط بالمقال ، وأراد بالمستثنى ما كان من حوائجه ولو جارية للوطء بإذن شريكه كما يأتى (وللبائع مطالبة أيهما شاء بثمنهما) أى الطعام والكسوة (ويرجع الآخر) بما أدى (على المشترى بقدر حصته) إن أدى من مال الشركة (وكل دين لزم أحدهما بتجارة) واستقراض (وغصب) واستهلاك (وكفالة بمال

صك التبايع أنه اشترى لنفسه اهـ ملخصا ويأتى تمام الكلام فى أول الفصل الآتى (قوله استحسانا) والقياس أن يكون الطعام المشترى والكسوة المشتراة بينهما لأنهما من عقود التجارة فكان من جنس مايتناوله عقد الشركة زيلعى (قوله لأن المعلوم الخ) لأن كلامنهما لم يقصد بالمفاوضة أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه ولايتمكن من تحصيل حاجته إلا بالشراء فصار كل منهما مستثنيا هذا القدر من تصرفه والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء المشروط درر (قوله ماكان من حوائجه) شمل شراء بيت السكنى والاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره وكذا الإدام بحر (قوله ولو جارية للوطء) لكن هنا لايرجع شريكه عليه بشىء من ثمنها المؤدى من مال الشركة (قوله كما يأتى) أى فى الفصل الآتى (قوله أيهما شاء) أى المشترى بالأصالة وصاحبه بالكفالة درر (قوله بما أدى) الأولى حذفه ليشمل مالو أدى المشترى ، نعم يفهم ذلك دلالة . وفى ط عن الشلبى قال فى الينابيع : وإن نقد الثمن من مال الشركة ضمن نصفه لصاحبه ، فإذا وصل إلى يده بطلت المفاوضة لأنه فضل مال شريكه والفضل فى المال يبطل المفاوضة اهـ (قوله بقدر حصته) بدل من قوله بما أدى (قوله إن أدى من مال الشركة) وإن أدى من غيره وهو ملك له لايرجع بطلت المفاوضة إن كان من جنس ماتصح فيه الشركة لأنه بدخوله فى ملكه زاد ماله وإلا فلا تبطل ، كما إذا دفع عرضا كمالا يخفى ط (قوله وكل دين لزم أحدهما الخ) يستثنى ما إذا كان الدائن الشريك ؛ لما فى الظهيرية : لو باع أحدهما من صاحبه ثوبا ليقطعه قميصا لنفسه أوأمة ليطأها أوطعاما لأهله جاز البيع ، بخلاف ما إذا باعه شيئا من الشركة لأجل التجارة اهـ ففى صورة الجواز لزمه الثمن ولم يلزم شريكه ، أفاده فى البحر :

قلت : ويكون الثمن نصفه له ونصفه لشريكه كما ذكره الحاكم فى الكافى ، وإنما جاز البيع لأن ذلك مما يختص به المشترى فلا يقع مشتركا بينهما حيث اشتراه لنفسه ، بخلاف ما إذا اشتراه للتجارة فإنه لايصح لأنه لايفيد ، إذ لو صح عاد مشتركا بينهما كما كان ، ولهذا قال فى الكافى : وإن كان لأحدهما عبد ميراث فاشتراه الآخر للتجارة جاز وكان بينهما اهـ . ووجهه أن الشراء هنا مفيد لأنه لم يكن مشتركا قبل الشراء ، هذا ماظهر لى (قوله بتجارة) كثمن المشترى فى بيع جائز وقيمته فى فاسد ، سواء كان مشتركا أو لنفسه ، وأجرة ما استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة ، وكذا مهر المشتراة الموطوءة لأحدهما إذا استحقت فللمستحق أن يأخذ أيهما شاء بالعقر لأنه وجب بسبب التجارة ، بخلاف المهر فى النكاح بحر (قوله واستقراض) هو ظاهر الرواية ، وليس لأحدهما الإقراض فى ظاهر الرواية بحر ، وسيأتى تمام الكلام عليه (قوله وغصب) المراد به مايشبه ضمان التجارة ، فيدخل فيه الاستهلاك والوديعة المجحودة أو المستهلكة ، وكذا العارية ، لأن تقرر الضمان فى هذه المواضع يفيد له تملك الأصل فيصير فى معنى التجارة بحر . وعليه فالأولى أن يقول بتجارة أو مايشبهها كاستقراض وغصب الخ ، وخرج مالايشبه ضمان التجارة كمهر وبدل خلع أو جناية كما يأتى (قوله وكفالة بمال بأمره) هذا قول الإمام . وقالا : لايلزم الآخر لأنها تبرع ، وله أنها تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، لأن للكفيل تضمين المكفول عنه لو كانت بأمره ، بخلاف كفالة النفس لأنها تبرع ابتداء وانتهاء ، وكذا كفالة المال بلا أمر ، فلا يلزم صاحبه

بأمره لزم الآخر ولو) لزومه (بإقراره) إلا إذا أقر لمن لاتقبل شهادته له ولو معتدته فيلزمه خاصة كمهر وخلع وجناية وكل مالاتصح الشركة فيه (و) فائدة اللزوم أنه (إذا ادعى على أحدهما فله تحليف الآخر) ولو ادعى على الغائب له تحليف الحاضر على علمه، ثم إذا قدم له تحليفه ألبتة والواجبة (وبطلت إن وهب لأحدهما أو ورث مانصح فيه الشركة) مما يجيء ووصل ليده ولو بصدقة أو إيصاء لفوات المساواة بقاء وهى شرط كالابتداء (لا) تبطل بقبض (مالا تصح فيه) الشركة (كعرض وعقار، و) إذا بطلت بما ذكر

فى الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ، وتمامه فى الفتح (قوله ولو لزومه) أى لزوم ماذكر من الثلاثة بإقراره : أى فإنه يكون عليهما لأنه أخبر عن أمر يملك استئنافه بحر عن المحيط ، وسنذكر فى الفروع أن إقراره بالاستقراض يلزمه خاصة ، ويأتى تمامه ، وماذكره من لزومه بالاقرار فى شركة المفاوضة ، أما العنان فلا يمضى إقراره على شريكه بل على نفسه على تفصيل سنذكره عند قول المصنف لاإقراره بدين (قوله لمن لاتقبل شهادته له) كأصوله وفروعه وامرأته . وعندهما يلزم شريكه أيضا إلا لعبده ومكاتبه بحر (قوله ولو معتدته) أى عن نكاح ، فلو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين يلزمهما وإن كانت فى عدته لأن شهادته لها جائزة ، بخلاف المعتدة عن نكاح فى ظاهر الرواية بحر (قوله وخلع) على تقدير مضاف : أى بدل خلع ، كما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع آخر ثم خالعت زوجها على مال لايلزم شريكها ، وكذا لو أقرت ببدل الخلع فتح (قوله وجناية) أى أرش جناية على الآدمى ، أما الجناية على الدابة أو الثوب فيلزم شريكه فى قول الإمام ومحمد ، لما أنه يملك المجنى عليه بالضمان نهر عن الحدادى (قوله وكل مالا تصح الشركة فيه) كالصلح عن دم العمد وعن النفقة بحر (قوله وفائدة اللزوم الخ) بيان لوجه الفرق بين مايلزم أحد الشريكين بمباشرة الآخر ومالايلزمه (قوله أنه إذا ادعى على أحدهما) أى ادعى عليه بيعا أونحوه فله تحليف الآخر : أى الذى لم يباشر العقد ، لكن يحلف المباشر على البت أى القطع بأن يحلف إنى مابعتك مثلا لأنه فعل نفسه ويحلف الآخر على العلم ، بأن يحلف إنى لاأعلم أن شريكى باعك، وإنما يحلف الآخر لأن الدعوى على أحدهما دعوى عليهما . قال فى البحر : ولو ادعى عليهما يستحلف كل واحد البتة لأن كل واحد منهما يستحلف على فعل نفسه فأيهما نكل عن اليمين يمضى الأمر عليهما ، لأن إقرار أحدهما كإقرارهما اﻫ ، وهذا لوكان كل من المدعى عليهما مباشرين كما يفيده التعليل ، فلوكان المباشر أحدهما يحلف الآخر على العلم لأنه فعل غيره كما لايخفى (قوله ولو ادعى على الغائب) أى على فعل الغائب ، بأن ادعى على الحاضر بأن شريكك الغائب باعنى كذا (قوله له تحليف الحاضر على علمه) لأنه فعل غيره بحر (قوله له تحليفه البتة) لأنه يستحلفه على فعل نفسه بحر . قال ح ، أى اليمين البتة ، فالبتة قائم مقام المفعول المطلق المحذوف قيام الصفة مقام الموصوف اﻫ . قال فى البحر : ولو ادعى على أحدهما أرش جراحة خطأ واستحلفه البتة لم يكن له تحليف الآخر ، وكذا المهر والخلع والصلح عن دم العمد لأن هذه الأشياء غير داخلة تحت الشركة فلا يكون فعل أحدهما كفعلهما (قوله وبطلت إن وهب الخ) لو قال وبطلت إن ملك أحدهما الخ لكان أخصر وأفود لشموله ماذكره الشارح من الصدقة والإيصاء ط عن أبى السعود (قوله مما يجىء) أى فى قوله ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين الخ ط (قوله ووصل ليده) مقتضاه اشتراط ذلك فى الموروث أيضا . ورده فى الشرنبلالية بأن الملك حصل بمجرد موت المورث اﻫ ح وهو محمول على النقد العين ، بخلاف الدين لقول الزيلعى : ولو ورث أحدهما دينا وهو دراهم أودنانير لاتبطل حتى تقبض ، لأن الدين لاتصح الشركة فيه أفاده ط عن أبى السعود (قوله كعرض) أدخلت الكاف الديون فإنها لاتبطل بها إلا بالقبض ط عن البحر (قوله بما ذكر) أى بملك

(صارت عنانا) أى تنقلب إليها .

(ولا تصح مفاوضة وعنان) ذكر فيهما المال وإلا فهما تقبل ووجوه (بغير النقدين والفلوس النافقة والتبر والنقرة) أى ذهب وفضة لم يضربا (إن جرى) مجرى النقود (التعامل بهما) وإلا فكعروض (وصحت بعرض) هو المتاع غير النقدين ويحرك قاموس (إن باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقداها) مفاوضة أو عنانا ، وهذه حيلة لصحتها بالعروض وهذا إن تساويا قيمة ، وإن تفاوتا باع صاحب الأقل بقدر ماتثبت به الشركة ابن كمال ، فقوله بنصف عرض الآخر اتفاقى

أحدهما ماتصح فيه الشركة ط (قوله صارت عنانا) لعدم اشتراط المساواة فيها ط عن المنح (قوله ذكر فيهما المال) لاحاجة إليه لأن الكلام فى شركة الأموال اهـ ح أى لما قدمنا من أن قوله إما مفاوضة وإما عنان خاص بشركة المال بدليل عطفه عليه قوله وتقبل ووجوه . وقد تابع الشارح النهر والدرر (قوله بغير النقدين) فلا تصحان بالعرض ولا بالمكيل والموزون والعدد المتقارب قبل الخلط بجنسه ، وأما بعده فكذلك فى ظاهر الرواية فيكون المخلوط شركة ملك وهو قول الثانى . وقال محمد : شركة عقد ، وأثر الخلاف يظهر فى استحقاق المشروط من الربح ، وأجمعوا أنها عند اختلاف الجنس لاتنعقد نهر (قوله والفلوس النافقة) أى الرائجة ، وكان يغنى عنه مابعده من التقييد بجريان التعامل والجواز بها هو الصحيح لأنها أثمان باصطلاح الكل فلا تبطل مالم يصطلح على ضده نهر (قوله والتبر والنقرة) فى المغرب : التبر مالم يضرب من الذهب والفضة والنقرة القطعة المذابة منهما اهـ . زاد فى المصباح : وقيل الذوب هى التبر ، فما ذكره الشارح يصلح تفسيرا لهما لأخذ عدم الضرب فى كل منهما لكن الفرق بينهما أن التبر لم يذب فى النار تأمل (قوله إن جرى التعامل بهما) قيد بذلك زيادة على مافى الكنز ليوافق الرواية المصححة كما أوضحه فى البحر (قوله وصحت) أى شركة الأموال سواء كانت مفاوضة أو عنانا بقرينة قوله ثم عقداها مفاوضة أو عنانا ط (قوله إن باع كل منهما الخ) لأنه بالبيع صار بينهما شركة ملك حتى لايجوز لأحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر ثم بالعقد بعده صارت شركة عقد فيجوز لكل منهما التصرف زيلعى (قوله بنصف عرض الآخر) وكذا لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة فى العرض الذى باعه جاز أيضا زيلعى وبحر ، وقوله الذى باعه يعنى الذى باع نصفه بالدراهم (قوله وهذا) أى بيع النصف بالنصف (قوله بقدر ماتثبت به الشركة) أوضحه فى النهاية بأن تكون قيمة عرض أحدهما أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة ، فإنه يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله أخماسا ويكون الربح كله بينهما على قدر رأس ماليهما اهـ . ورده الزيلعى بأن هـذا الحمل غير محتاج إليه ، لأنه يجوز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وإن تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز ، وهو ما إذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت ، بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر ، فعلم بذلك أن قوله باع نصف ماله الخ وقع اتفاقا أو قصدا ليكون شاملا للمفاوضة والعنان ، لأن المفاوضة شرطها التساوى بخلاف العنان اهـ وأقره فى البحر ولايخفى مافيه ، فإن ماصوره فى النهاية هو الواقع عادة لأن صاحب الأربعمائة مثلا لايرضى فى العادة ببيع نصف عرضه بنصف عرض صاحب المائة حتى يصير العرضان بينهما نصفين وإن أمكن ذلك ، لكن مطلق الكلام يحمل على المتعارف ، ولذا حملوا مافى المتون من بيع النصف بالنصف على ما إذا تساويا قيمة فافهم (قوله اتفاقى) أى لم يقصد ذكره لفائدة ، وقد علمت أن فائدته موافقته للعادة وشموله للمفاوضة أى نصا ، بخلاف ما إذا قال باع بعض عرضه ببعض عرض الآخر ، فإنه وإن شمل المفاوضة أيضا

(ولا تصح بمال غائب أو دين مفاوضة كانت أو عنانا) لتعذر المضى على موجب الشركة :

(وإما عنان) بالكسر وتفتح (إن تضمنت وكالة فقط) بيان لشرطها (فتصح من أهل التوكيل) كصبى ومعتوه يعقل البيع (وإن لم يكن أهلا للكفالة) لكونها لاتقتضى الكفالة بل الوكالة (و) لذا (تصح) عاما

لكن لايشملها إلا إذا أريد بالبعض النصف دون الأقل والأكثر فافهم ، نعم هو اتفاقى بالنظر إلى جواز بيع نصفه بالدراهم كما مر :

مطلب لاتصح الشركة بمال غائب

(قوله ولا تصح بمال غائب) بل لابد من كونه حاضرا والمراد حضوره عند عقد الشراء لاعند عقد الشركة ، فإنه لو لم يوجد عند عقدها يجوز ، ألا ترى أنه لو دفع إلى رجل ألفا وقال أخرج مثلها واشتر بها والحاصل بيننا أنصافا ولم يكن المال حاضرا وقت الشركة فبرهن المأمور على أنه فعل ذلك وأحضر المال وقت الشراء جاز بحر عن البزازية ومثله فى الفتح وغيره ، لكن نقل فى البحر أيضا عن القنية ما يفيد فسادها بالإفتراق بلا دفع ثم انعقادها وقت حضور المال :

[فرع] دفع إلى رجل ألفا وقال اشتر بها بينى وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فهلك المال قبل الشراء ويضمن وبعده ضمن المشترى النصف بحر عن الذخيرة :

قلت : ووجهه أنه لما أمره بالشراء نصفين صار مشتريا للنصف وكالة عن الآمر وللنصف أصالة عن نفسه وقد أوفى الثمن من مال الآمر فيضمن حصة نفسه ، والظاهر أن هذه شركة ملك لاشركة عقد كما سيتضح قبيل الفروع وليست مضاربة لما قلنا فتنبه لذلك فإنه يقع كثيرا (قوله على موجب الشركة) أى من البيع والشراء بالمال والربح به :

مطلب فى شركة العنان

(قوله وإما عنان) مأخوذ من عن كذا : عرض أى ظهر له أن يشاركه فى البعض من ماله ، وتمامه فى النهر (قوله من أهل التوكيل) أى توكيل غيره ، فتصح من الصبى المأذون بالتجارة وفى حكمه المعتوه (قوله لكونها لاتقتضى الكفالة) أى بخلاف المفاوضة كما مر ، فلو ذكر الكفالة مع توفر باقى شروط المفاوضة انعقدت مفاوضة ، وإن لم تكن متوفرة كانت عنانا ثم هل تبطل الكفالة ؟ يمكن أن يقال تبطل وأن يقال لا تبطل لأن المعتبر فيها أى فى العنان عدم اعتبار الكفالة لااعتبار عدمها . قال فى الفتح : وقد يرجح الأول بأنها كفالة بمجهول فلا تصح إلا ضمنا ، فإذا لم تكن مما تقضمنها الشركة لم يكن ثبوتها إلا قصدا اه نهر .

قلت : لكن فى الخانية : ولايكون فى شركة العنان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه إذا لم يذكر الكفالة بخلاف المفاوضة اه ومقتضاه أنه يكون كفيلا إذا ذكر الكفالة ، وهذا ترجيح للاحتمال الثانى ، ولعل وجهه أن الكفالة متى ذكرت فى عقد الشركة تثبت تبعا لها وضمنا لاقصدا ، لأن الشركة لاتنافى الكفالة بل تستدعيها ، لكنها لاتثبت فيها إلا باقتضاء اللفظ لها كلفظ المفاوضة أوبذكرها فى العقد تأمل (قوله ولذا) أى لكونها لاتقتضى الكفالة ، ومقتضاه أنها لو اقتضتها لم تصح خاصة أى فى نوع من أنواع التجارة ولا مؤقتة بوقت خاص . قال ح وهذا يقتضى أن المفاوضة لاتكون خاصة مع أنها تكون كما صرح به فى البحر اه :

وخاصا ومطلقا ومؤقتا و (مع التفاضل فى المال دون الربح وعكسه ، وببعض المال دون بعض ، وبخلاف الجنس كدنانير) من أحدهما (ودراهم من الآخر ، و) بخلاف (الوصف كبيض وسود

مطلب فى توقيت الشركة روايتان

ثم إذا وقتها فهل تتوقت بالوقت حتى لاتبقى بعد مضيه؟ فيه روايتان كما فى توقيت الوكالة ، وتمامه فى البحر عن المحيط ولم يذكر ترجيحا ، وجزم فى الخانية بأنها تتوقت حيث قال : والتوقيت ليس بشرط لصحة هذه الشركة والمضاربة ، وإن وقتا لذلك وقتا بأن قال ما اشتريت اليوم فهو بيننا صح التوقيت ، فما اشتراه بعد اليوم يكون للمشترى خاصة ، وكذا لو وقت المضاربة لأنها والشركة توكيل والوكالة مما يتوقف اه لكن سيذكر الشارح فى كتاب الوكالة عن البزازية الوكيل إلى عشرة أيام وكيل فى العشرة وبعدها فى الأصح تأمل (قوله ومع التفاضل فى المال دون الربح) أى بأن يكون لأحدهما ألف وللآخر ألفان مثلا واشترطا التساوى فى الربح ، وقوله وعكسه : أى بأن يتساوى المالان ويتفاضلا فى الربح ، لكن هذا مقيد بأن يشترط الأكثر للعامل منهما أولأكثرهما عملا ، أمالو شرطاه للقاعد أولأقلهما عملا فلا يجوز كما فى البحر عن الزيلعى والكمال .

قلت : والظاهر أن هذا محمول على ماإذا كان العمل مشروطا على أحدهما .

وفى النهر : اعلم أنهما إذا شرطا العمل عليهما إن تساويا مالا وتفاوتا ربحا جاز عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر والربح بينهما على ماشرطا وإن عمل أحدهما فقط ؛ وإن شرطاه على أحدهما ، فإن شرطا الربح بينهما بقدر رأس مالهما جاز ، ويكون مال الذى لاعمل له بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته ، وإن شرطا الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ، ولو شرطا الربح للدافع أكثر من رأس ماله لايصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبدا هذا حاصل مافى العناية اه مافى النهر .

قلت : وحاصل ذلك كله أنه إذا تفاضلا فى الربح ، فإن شرطا العمل عليهما سوية جاز : ولو تبرع أحدهما بالعمل وكذا لو شرطا العمل على أحدهما وكان الربح للعامل بقدر رأس ماله أوأكثر ولو كان الأكثر لغير العامل أولأقلهما عملا لايصح وله ربح ماله فقط ، وهذا إذا كان العمل مشروطا كما يفيده قوله إذا شرطا العمل عليهما الخ فلا ينافى ماذكره الزيلعى فى كتاب المضاربة من أنه إذا أراد رب المال أن يجعل المال مضمونا على المضارب أقرضه كله إلا درهما منه وسلمه إليه وعقد شركة العنان ثم يدفع إليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض ، فإن ربح كان بينهما على ماشرطا ، وإن هلك هلك عليه اه ورأيت مثله فى آخر مبسوط السرخسى .

ووجه عدم المنافاة أن العمل هنا لم يشرط على أحد فى عقد الشركة بل تبرع به المستقرض ، فيجوز لصاحب الدرهم الواحد أن يأخذ من الربح بقدر ماشرط من نصف أو أكثر أوأقل وإن لم يكن عاملا ، ويؤيد هذا التوفيق ماذكره فى البحر قبيل كتاب الكفالة فى بحث مالا يبطل بالشرط الفاسد ، حيث قال مانصه : قوله والشركة بأن قال شاركتك على أن تهدينى كذا ، ومن هذا القبيل مافى شركة البزازية لو شرطا العمل على أكثرهما مالا والربح بينهما نصفين لم يجز الشرط والربح بينهما أثلاثا اه .

وقد وقعت حادثة توهم بعض حنفية العصر أنها من هذا القبيل وليس كذلك ، هى تفاضلا فى المال وشرطا الربح بينهما نصفين ثم تبرع أفضلهما مالا بالعمل . فأجبت بأن الشرط صحيح لعدم اشتراط العمل على أكثرهما

وإن تفاوتت قيمتهما والربح على ماشرطا (و) مع (عدم الخلط) لاستناد الشركة فى الربح : إلى العقد لا المال

مالا والتبرع ليس من قبيل الشرط . والدليل عليه مافى بيوع الذخيرة : اشترى حطبا فى قرية شراء صحيحا وقال موصولا بالشراء من غير شرط فى الشراء حمله إلى منزلى لايفسد العقد ، لأن هذا ليس بشرط فى البيع ، بل هو كلام مبتدأ بعد تمام البيع فلا يوجب فساده اه هـذا كلام صاحب البحر وهو صريح فيما ذكرناه من التوفيق ، والله تعالى الموفق :

وبقى مايقع كثيرا ، وهو أن يدفع رجل إلى آخر ألفا يقرضه نصفها ويشاركه على ذلك على أن الربح ثلثاه للدافع وثلثه للمستقرض فهنا تساويا فى المال دون الربح وهى صورة العكس . وصريح مامر عن الزيلعى والكمال أنه لايصح للدافع أخذ أكثر من نصف الربح إلا إذا كان هو العامل ، فلو كان العامل هو المستقرض كما هو العادة كان له نصف الربح بقدر ماله ، لكنه محمول على ما إذا شرط العمل عليه وإن لم يشرط صح التفاضل كما علمت من التوفيق :

ومما يكثر وقوعه أيضا أنه يكون لأحدهما ألف فيدفع له آخر ألفين ليعمل بالكل ويشرطا الربح أثلاثا ، وهذا جائز أيضا حيث كان الربح بقدر رأس المال كما مر فى عبارة النهر ، فلو شرطا الربح أرباعا مع اشتراط العمل لم يصح كما يفيده التقييد بكونه بقدر رأس مالهما ، ومثله قول الظهيرية ، وإن اشترطا الربح على قدر رأس مالهما أثلاثا والعمل من أحدهما كان جائزا

[تنبيه] علم مما مر أن العمل لو كان مشروطا وعليهما لايلزم اجتماعهما عليه كما هو صريح قوله وإن عمل أحدهما فقط ، ولذا قال فى البزازية : اشتركا وعمل أحدهما فى غيبة الآخر فلما حضر أعطاه حصته ثم غاب الآخر وعمل الآخر فلما حضر الغائب أبى أن يعطيه حصته من الربح ، إن كان الشرط أن يعملا جميعا وشتى فما كان من تجارتهما من الربح فبينهما على الشرط عملا أوعمل أحدهما ، فإن مرض أحدهما ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما اه . والظاهر أن عدم العمل من أحدهما لافرق أن يكون بعذر أوبدونه كما صرح بمثله فى البزازية فى شركة التقبل معللا بأن العقد لايرتفع بمجرد امتناعه واستحقاقه الربح بحكم الشرط فى العقد لا العمل اه ولايخفى أن العلة جارية هنا :

مطلب فى تحقيق حكم التفاضل فى الربح

(قوله وإن تفاوتت قيمتهما) راجع لخلاف الجنس والوصف ، واحترز به عن المفاوضة فإنه لابد فيها من تساوى القيمة فيهما فى ظاهر الرواية كما فى البحر فافهم (قوله والربح على ماشرطا) أى من كونه بقدر رأس المال أولا ، لكنه محمول على ماعلمته من التفصيل المار ، وأعاده مع قوله مع التفاصيل فى المال دون الربح للتصريح بأن هذا الشرط صحيح فافهم ، نعم ذكره بين المتعاطفات غير مناسب ، وقيد بالربح لأن الوضيعة على قدر المال وإن شرطا غير ذلك كما فى الملتقى وغيره (قوله ومع عدم الخلط) فيه إشعار بأن المفاوضة يشترط فيها الخلط ، وهذا قياس . وفى الاستحسان لايشترط كما فى المبسوط وغيره ح عن القهستانى (قوله لاستناد الشركة فى الربح إلى العقد لا المال) لأن العقد يسمى شركة ولابد من تحقق معنى الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا بحر فلو كان لأحدهما مائة درهم وللآخر مائة دينار فاشتريا بها فهو على قدر المال وكذا لو اشتريا بالدراهم متاعا ثم بالدنانير آخر فوضعا أى خسرا فى أحدهما وربحا فى الآخر فهو على قدر مالهما اه ملخصا من كافى الحاكم

فلم يشترط مساواة واتحاد وخلط (ويطالب المشترى بالثمن فقط) لعدم تضمن الكفالة (ويرجع على شريكه بحصته منه إن أدى من مال نفسه) أى مع بقاء مال الشركة وإلا فالشراء له خاصة لئلا يصير مستدينا على مال الشركة بلا إذن بحر

(قوله فلم يشترط الخ) تفريع على قوله ومع التفاضل وماعطف عليه (قوله فقط) قيد للمشترى أى ولا يطالب شريكه الآخر (قوله لعدم تضمن الكفالة) هذا إذا لم يذكر الكفالة كما قدمناه عن الخانية .

مطلب فى دعوى الشريك أنه أدى الثمن من ماله

(قوله ويرجع إلى شريكه بحصته منه) أى بحصة شريكه من الثمن ، لأن المشترى وكيل عنه فى حصته ، فيرجع عليه بحسابه إن أدى من مال نفسه ، وإن من مال الشركة لم يرجع ، وإن كان شراؤه لايعرف إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعى وجوب المال فى ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر بيمينه كما فى المنح ونحوه فى الزيلعى .

وبقى مالو صدقه فى الشراء للشركة وكذبه فى دعوى الأداء من مال نفسه . قال الخير الرملى فى حاشية المنح : والذى يظهر أن القول للمشترى ، لأنه لما صدّقه الآخر فى الشراء ثبت الشراء للشركة وبه يثبت نصف الثمن بذمته ، ودعواه أنه دفع من مال الشركة دعوى وفائه فلا تقبل بلا بينة ، ولذا قالوا إذا لم يعرف شراؤه إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدّعى وجوب المال فى ذمة الآخر وهو ينكر وهنا ليس منكرا بل مقر بالشراء الموجب لتعلق الثمن بذمته ، وله تحليفه أنه مادفعه من مال الشركة اه .

ثم لايخفى أنه فى صورة ماإذا كذبه فى الشراء للشركة ، إن كان مااشتراه هالكا فظاهر ، وإن كان قائما فهو له ، وإن كذبه فى أصل الشراء وادعى أنه من أعيان فالقول للمشترى إن كان المال فى يده ، لما سيأتى فى الفروع أنه لو قال ذو اليد استقرضت ألفا فالقول له ويأتى بيانه .

مطلب ادعى الشراء لنفسه

وأما لو ادعى الشراء لنفسه لاللشركة . ففى الخانية : اشترى متاعا فقال الآخر هو من شركتنا وقال المشترى هو لى خاصة اشتريته بمالى لنفسى قبل الشركة فالقول له بيمينه بالله ماهو من شركتنا لأنه حر يعمل لنفسه فما اشترى اه . والظاهر أن قوله قبل الشركة احتراز عن الشراء حال الشركة ؛ ففيه تفصيل ذكره فى البحر عن المحيط وهو أنه لو من جنس تجارتهما فهو للشركة وإن أشهد عند الشراء أنه لنفسه لأنه فى النصف بمنزلة الوكيل بشراء شىء معين وإن لم يكن من تجارتهما فهو له خاصة اه .

قلت : ويخالفه مافى فتاوى قارىء الهداية : إن أشهد عند الشراء أنه لنفسه فهو له ، وإلا فإن نقد الثمن من مال الشركة فهو للشركة اه لكن اعترض بأنه لم يستند لنقل فلا يعارض مافى المحيط . وقد يجاب بحمله على ماإذا لم يكن من جنس تجارتهما تأمل .

وبقى شىء آخر يقع كثيرا ، وهو مالو اشترى أحدهما من شريكه لنفسه هل يصح أم لا لكونه اشترى مايملك بعضه . والذى يظهر لى أنه يصح لأنه فى الحقيقة اشترى نصيب شريكه بالحصة من الثمن المسمى وإن أوقع الشراء فى الصورة على الكل . ثم رأيت فى الفتح من باب البيع الفاسد لو ضم ماله إلى مال المشترى وباعهما بعقد واحد صح فى ماله بالحصة من الثمن على الأصح ، وقيل لايصح فى شىء اه ملخصا . ورأيت فى بيوع الصيرفية أيضا : اشترى نصف دار مشاعا ثم اشترى جميعها ثانيا قال يجوز فى النصف الباقى وفى فتاوى الصغرى لايجوز اه (قوله وإلا)

(وتبطل) الشركة (بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء) والهلاك على مالكه قبل الخلط وعليهما بعده (وإن اشترى أحدهما بماله وهلك) بعده (مال الآخر) قبل أن يشترى به شيئا (فالمشترى) بالفتح (بينهما) شركة عقد على ماشرطا (ورجع على شريكه بحصته منه) أى من الثمن لقيام الشركة وقت الشراء (وإن هلك) مال أحدهما (ثم اشترى الآخر بماله، فإن صرحا بالوكالة فى عقد الشركة) بأن قال على أن مااشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا نهر وصدر الشريعة (فالمشترى مشترك بينهما على ماشرطا)

أى إن لم يبق مال الشركة: أى لم يكن فى يده مال ناض بل صار مال الشركة أعيانا وأمتعة فاشترى بدراهم أودنانير نسيئة فالشراء له خاصة دون شريكه ، لأنه لو وقع على الشركة صار مستدينا على مال الشركة وأحد شريكى العنان لايملك الاستدانة إلا أن يأذن له فى ذلك بحر عن المحيط .

مطلب فيما يبطل الشركة

(قوله وتبطل بهلاك المالين الخ) لأن المعقود عليه فيها هو المال ، ويبطل العقد بهلاك المعقود عليه كما فى البيع ، وسيذكر المصنف تمام المبطلات في الفصل الآتى (قوله أو أحدهما قبل الشراء) لأنها لما بطلت فى الهالك بطلت فيما يقابله لأنه مارضى بشركة صاحبه فى ماله إلا بشركته فى ماله (قوله والهلاك على مالكه) فلا يرجع بنصف الهالك على الشريك الآخر حيث بطلت الشركة ولو الهلاك فى يد الآخر ، لأن المال فى يده أمانه ، بخلاف مالو هلك بعد الخلط لأنه يهلك على الشركة لعدم التميز ط عن الإتقانى . قال وظاهره أنه إذا تميز بعد الخلط كدراهم بدنانير فهو كعدم الخلط اه . وفى كافى الحاكم : لو خلف الدراهم كان الهالك منها عليهما والباقى بينهما إلا أن يعرف كل شئ من الهالك أو الباقى من مال أحدهما بعينه فيكون ذلك له وعليه ، والباقى من الهالك والقائم بينهما على قدر مااختلف ولم يعرف اه ملخصا (قوله وإن اشترى أحدهما) بيان لمفهوم تقييد الهلاك بما قبل الشراء (قوله بعده) أى بعد الشراء ، ونبه بزيادته على أن الواو هنا للترتيب احترازا عما لو هلك قبله كما يأتى (قوله فالمشترى بينهما) لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك بحر (قوله شركة عقد على ماشرطا) أى من الربح ، وأيهما باع جاز بيعه وهذا عند محمد . وعند الحسن بن زياد هى شركة ملك فلا يصح تصرف أحدهما إلا فى نصيبه وظاهر كلام كثير ترجيح قول محمد كما فى النهر (قوله ورجع على شريكه بحصته منه) لأنه وكيل فى حصة شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه . وفى المحيط : لأحدهما مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة وللآخر ألف درهم وشرطا الربح والوضيعة على قدر المال فاشترى الثانى جارية ثم هلكت الدنانير فالجارية بينهما وربحها أخماسا ثلاثة أخماسه للأول وخمساه للثانى ، لأن الربح يقسم على قدر ماليهما يوم الشراء ويرجع الثانى على الأول بثلاثة أخماس الألف لأنه وكيل عنه بالشراء فى ثلاثة أخماس الجارية وقد نقد الثمن من ماله ، ولو كان على عكسه رجع صاحب الدنانير على الآخر بخمسى الثمن أربعون دينارا ؛ ولو اشترى كل واحد منهما بماله غلاما وقبضا وهلكا يهلكان من مالهما لأن كل واحد حين اشترى كانت الشركة بينهما قائمة اه بحر ملخصا (قوله لقيام الشركة الخ) علة لكون المشترى بينهما كمامر ، وأما علة الرجوع فكونه وكيلا كما علمت (قوله بأن قال) الأولى قالا كما فى عبارة النهر . وأفاد بهذا التصوير أنه ليس المراد من التصريح بالوكالة ذكر لفظها بل مايشمل معناها (قوله كل منهما) الأولى كل منا أفاده ح (قوله بماله هذا) قيد به لأن فرض المسألة فى عقد الشركة على مال مخصوص لالكونه قيدا فى ثبوت الوكالة صريحا فافهم .

فى أصل المال لا الربح لصيرورتها (شركة ملك لبقاء الوكالة) المصرح بها ويرجع بحصة ثمنه (وإلا) أى إن ذكرا مجرد الشركة ولم يتصادقا على الوكالة فيها ابن كمال (فهو لمن اشتراه خاصة) لأن الشركة لما بطلت بطل مافى ضمنها من الوكالة (وتفسد باشتراط دراهم مسماة من الربح لأحدهما) لقطع الشركة كما مر لا لأنه شرط لعدم فسادها بالشروط ، وظاهره بطلان الشرط لا الشركة بحر ومصنف .

قلت : صرح صدر الشريعة وابن الكمال بفساد الشركة ويكون الربح على قدر المال (ولكل من شريكى العنان والمفاوضة أن يستأجر) من يتجر له أو يحفظ المال (ويبضع) أى يدفع المال بضاعة ، بأن يشترط الربح لرب المال (ويودع)

مطلب اشتركا على أن مااشتريا من تجارة فهو بيننا

قال فى الولوالجية : رجل قال لغيره مااشتريت من شئ فهو بينى وبينك أواشتركا على أن مااشتريا من تجارة فهو بيننا يجوز ولا يحتاج فيه إلى بيان الصفة والقدر والوقت ، لأن كلا منهما صار وكيلا عن الآخر فى نصف مايشتريه وغرضه بذلك تكثير الربح وذلك لايحصل إلا بعموم هذه الأشياء اه وسيأتى تمامه فى الفصل .

قلت : وهذه الشركة تقع فى زماننا كثيرا يكون أحد الشريكين فى بلدة والآخر فى بلدة يشترى كل منهما ويرسل إلى الآخر ليبيع ويشترى لكنها شركة ملك والغالب أنهما يعقدان بينهما شركة عقد بمال متساو أو متفاضل منهما ويجعلان الربح على قدر رأس المال ويقتسمان ربح الشركتين كذلك ، وهذا صحيح فى شركة العقد لافى شركة الملك لأن الربح فيها على قدر الملك فإذا شرطا الشراء بينهما مناصفة يكون الربح كذلك إلا إذا شرطا الشراء على قدر مال شركة العقد فيكون الربح على قدر المال فى الشركتين فتنبه لذلك فإنه يقع كثيرا ويغفل عنه (قوله لاالربح) فإنه يكون بقدر المال (قوله لصيرورتها الخ) علة لقوله لا الربح وقوله لبقاء الوكالة علة لقوله مشترك بينهما ح (قوله ولم يتصادقا على الوكالة) عبارة ابن كمال ولم ينصا على الوكالة فيها ط (قوله كما مر) أى فى قوله وعدم مايقطعها الخ وأشار به إلى أن التصريح بفسادها بماذكر مفرع على ماقدمه من أنه يشترط فيها عدم مايقطعها فليس ذلك تكرارا محضا فافهم . وبيان القطع أن اشتراط عشرة دراهم مثلا من الربح لأحدهما يستلزم اشتراط جميع الربح له على تقدير أن لايظهر ربح إلا العشرة والشركة تقتضى الاشتراك فى الربح وذلك يقطعها فتخرج إلى القرض أوالبضاعة كما فى الفتح (قوله لالأنه شرط الخ) يعنى أن علة الفساد ماذكر من قطع الشركة وليست العلة اشتراط شرط فاسد فيها لأن الشركة لاتفسد بالشروط الفاسدة ، والمصرح به أن هذه الشركة فاسدة ، فقوله قلت : الخ تأييد لقوله لا لأنه شرط الخ . وأما قوله وظاهره : أى ظاهر قوله لعدم فسادها بالشروط فلا محل له للاستغناء عنه بما قبله (قوله ويكون الربح على قدر المال) أى وإن اشترط فيه التفاضل ، لأن الشركة لما فسدت صار المال مشتركا شركة ملك والربح فى شركة الملك على قدر المال ، وسيأتى فى الفصل أنها لو فسدت وكان المال كله لأحدهما فللآخر أجر مثله (قوله ولكل من شريكى العنان الخ) هذا كله عند عدم النهى . ففى الفتح : وكل ما كان لأحدهما إذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله ؛ ولهذا لو قال له اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه لأنه نقل حصته بغير إذنه ، وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعدما كان أذن له فيه اه .

قلت : وسيأتى فى المضاربة أنه إذا صار المال عروضا لايصح نهى المضارب عن البيع نسيئة لأنه لايملك عزله فى هذه الحالة . وظاهره أن الشركة ليست كذلك لأنه يملك فسخها مطلقا كما سيأتى فى الفصل (قوله ويبضع الخ) فى القاموس : الباضع الشريك اه والمراد هنا دفع المال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال ولاشيء

ويعير (ويضارب) لأنها دون الشركة فتضمنتها (ويوكل) أجنبيا ببيع وشراء ، ولونهاه المفاوض الآخر صح نهيه بحر (ويبيع) بما عز وهان خلاصة (بنقد ونسيئة) بزازية (ويسافر) بالمال له حمل أولا هو الصحيح، خلافا للأشباه . وقيل إن له حمل يضمن وإلا لا ظهيرية ، ومؤنة السفر والكراء من رأس المال إن لم يربح خلاصة : (لا) يملك الشريك (الشركة) إلا بإذن شريكه جوهرة

للعامل بحر (قوله ويعير) فلو أعار دابة فعطبت تحت المستعير فالقياس أن يضمن المعير نصف شريكه ، ولكنى أستحسن أن لا أضمنه ، وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وكذلك لو أعار ثوبا أو دارا أو خادما بحر عن كافى الحاكم (قوله ويضارب) أى يدفع المال مضاربة وهو الأصح . أما إذا أخذ مالا مضاربة ، فإن أخذه ليتصرف فيما ليس من تجارتهما فالربح له خاصة ، وكذا فيما هو من تجارتهما إذا كان بحضرة صاحبه ، ولو مع غيبته أومطلقا كان الربح بينهما نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال ، كذا فى المحيط نهر ، وقوله أومطلقا : أى عن التقييد بكونه من تجارتهما (قوله لأنها) أى المضاربة دون الشركة لكون الوضيعة تلزم الشريك ولاتلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة فتح (قوله ويوكل) لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارة والشركة انعقدت لها ، بخلاف الوكيل صريحا بالشراء ليس له أنه يوكل به لأنه عقد خاص طلب به شراء شئ بعينه فلا يستتبع مثله فتح (قوله ولو نهاه المفاوض الآخر) التقييد بالمفاوض وبكون النهى عن التوكيل اتفاقى لما مر أن كل ما كان لأحدهما فعله يصح نهى الآخر عنه ط .

أقول : سياق كلام البحر يقتضى أن هذا خاص بالمفاوضة خلافا لما فهمه كما يعلم من مراجعة البحر . لكن يخالفه مافى الخانية فى فصل العنان : ولو وكل أحدهما رجلا فى بيع أوشراء وأخرجه الآخر عن الوكالة صار خارجا عنها ، فإن وكل البائع رجلا يتقاضى ثمن ماباع فليس للآخر أن يخرجه عن الوكالة اهـ أى ليس لأحدهما قبض ثمن ماباعه الآخر ولا المخاصمة فيه كما يأتى قريبا ، فكذا ليس له إخراج وكيله بالقبض . ثم لايخفى أن الضمير المنصوب فى قول الشارح ولو نهاه عائد إلى الوكيل كماهو صريح عبارة الخانية لا إلى الموكل حتى يكون النهى عن التوكيل ويكون التقييد فيه اتفاقيا فافهم (قوله ويبيع بماعز وهان) أى له أن يبيع بثمن زائد وناقص ، قيد بالبيع لأن الشراء لايجوز إلا بالمعروف كمافى الرملى عن المنح عن الجوهرة ، وسيذكر الشارح فى كتاب الوكالة أن الوكيل له البيع بما قل أو كثر وبالعرض ، وخصاه بالقيمة والنقود ، وبه يفتى بزازية اهـ ومقتضاه أن المفتى به هنا كذلك لكن ذكر العلامة قاسم هناك تصحيح قول الإمام وإنه أصح الأقاويل فافهم . وفى البحر عن البزازية : وإن باع أحدهما متاعا ورد عليه فقبله جاز ولو بلا قضاء ، وكذا لوحط أو أخر من عيب وإن بلاعيب جاز فى حصته وكذا لووهب ؛ ولو أقر بعيب فى متاع باعه جاز عليهما اهـ ويأتى تمام ذلك قبيل قوله وهو أمين (قوله وبنقد ونسيئة) متعلق بقوله يبيع . وأما الشراء ، فإن لم يكن فى يده دراهم ولا دنانير من الشركة فاشترى بدراهم أودنانير فهو له خاصة ، لأنه لو وقع مشتركا تضمن إيجاب مال زائد على الشريك وهو لم يرض بالزيادة على رأس المال ولوالجية ومفاده أنه لو رضى وقع مشتركا لأنه يملك الاستدانة بإذن شريكه كما قدمناه عن البحر عن المحيط ، ومنه ماسيأتى قبيل الفروع عن الأشباه ويأتى تمامه ، ومامر من التفصيل فى الشراء إنما هو فى شركة العنان أما فى المفاوضة فهو عليهما مطلقا كما فى الخانية (قوله خلافا للأشباه) الذى فيها هو مانقله عقبه عن الظهيرية (قوله ومؤنة السفر الخ) أى ما أنفقه على نفسه من كرائه ونفقته وطعامه وإدامه من جملة رأس المال فى رواية الحسن عن أبى حنيفة : قال محمد : وهذا استحسان ، فإن ربح تحسب النفقة من الربح وإن لم يربح كانت من رأس المال خانية (قوله لايملك الشريك) أى شريك العنان بقرينة قوله أما المفاوضة الخ . وفى الخانية من فصل العنان : ولو شارك أحدهما شركة

(و) لا (الرهن) إلا بإذنه أو يكون هو العاقد فى موجب الدين، وحينئذ فيصح إقراره (بالرهن والارتهان) سراج (و) لا (الكتابة) والإذن بالتجارة (وتزويج الأمة) وهذا كله (لو عنانا) أما المفاوض فله كل ذلك . ولو فاوض إن بإذن شريكه جاز وإلا تنعقد عنانا بحر .

(ولا يجوز لهما) فى عنان ومفاوضة (تزويج العبد ولا الإعتاق) ولو على مال (و) لا (الهبة) أى لثوب ونحوه فلم يجز فى حصة شريكه ، وجاز فى نحو لحم وخبز وفاكهة (و) لا (القرض) إلا بإذن شريكه إذنا صريحا فيه سراج . وفيه : إذا قال له اعمل برأيك فله كل التجارة إلا القرض والهبة (وكذا كل ما كان إتلافا للمال أو) كان (تمليكا) للمال (بغير عوض)

عنان ، فما اشتراه الشريك الثالث كان نصفه له ونصفه بين الشريكين ، وما اشتراه الذى لم يشارك فهو بينه وبين شريكه نصفين ، ولا شئ منه للشريك الثالث اه ومثله فى الولوالجية . وفيها : ولو أخذ مالا مضاربة فهو له كما لو آجر نفسه اه ولكن فيه تفصيل قدمناه قريبا (قوله ولا الرهن) قال فى الفتح : أى رهن عين من مال الشركة فإن رهن بدين عليهما لم يجز وضمن ؛ ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه ، فإن هلك الرهن فى يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن ، وإن شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لأن هلاك الرهن فى يده كالاستيفاء اه (قوله أو يكون هو) أى الراهن العاقد : أى الذى تولى عقد المبايعة . قال فى الخانية : ولمن ولى المبايعة أن يرهن بالثمن اه ط (قوله فى موجب) بكسر الجيم ح (قوله وحينئذ) أى حين إذا كان الراهن هو العاقد بنفسه . قال فى النهر : وإقراره بالرهن والارتهان عند ولايته العقد صحيح اه ط . أما لو ولى العقد غيره أو كانا ولياه لا يجوز إقراره فى حصة شريكه ، وهل يجوز فى حصة نفسه فهو على الخلاف ، ولا يصح إقراره بعد ما تناقضا الشركة إذا كذبه الآخر تاترخانية (قوله ولا الكتابة) لأنه ليس من عادة التجار بحر (قوله فله كل ذلك) أى المذكور من الشركة والرهن الخ (قوله ولو فاوض) أى المفاوض (قوله وإلا تنعقد عنانا) وما خصه من الربح يكون بينه وبين شريكه ط (قوله ولا يجوز لهما تزوج العبد) أى عبد التجارة . واحترز بالعبد عن الأمة ، فإن لأحد المتفاوضين تزويجها كما فى الخانية : ولا يزوج العبد ولو من أمة التجارة استحسانا ط عن الهندية (قوله ولا الهبة) يستثنى منه هبة ثمن ما باعه. ففى البحر عن الظهيرية لو باع أحد المتفاوضين عينا من تجارتهما ثم وهب الثمن من المشترى أو أبرأه منه جاز خلافا لأبى يوسف ؛ ولو وهب غير البائع جاز فى حصته إجماعا اه .

قلت : لكنه فى الأولى يضمن نصيب صاحبه كوكيل البيع إذا فعل ذلك كما فى الخانية (قوله ونحوه) أى مما ليس من جنس ما يؤكل ويهدى عادة بقرينة ما بعده (قوله فلم يجز) أى ما ذكر من الهبة فى حصة شريكه ، بل جاز فى حصته إن وجد شرط الهبة من التسليم والقسمة فيما يقسم وكذا الإعتاق ، وتجرى فيه أحكام عتق أحد الشريكين المقررة فى بابه (قوله وجاز في نحو لحم الخ) محترز قوله أى لثوب ونحوه .

مطلب يملك الاستدانة بإذن شريكه

(قوله ولا القرض) أى الإقراض فى ظاهر الرواية ، أما الاستقراض فقدم أنه يجوز ، ويأتى تمامه فى الفروع (قوله إذنا صريحا) فلو قال اعمل برأيك لا يكفى (قوله وفيه الخ) ومثله ما فى البحر عن البزازية : ولو قال كل منهما للآخر اعمل برأيك فلكل منهما أن يعمل ما يقع فى التجارة : كالرهن والارتهان ، والسفر والخلط

لأن الشركة وضعت للاسترباح وتوابعه ، وما ليس كذلك لاينتظمه عقدها :
(وصح بيع) شريك (مفاوض ممن ترد شهادته له) كابنه وأبيه ، وينفذ على المفاوضة إجماعا (لا) يصح (إقراره بدين) فلا ينفذ على المفاوضة عنده بزازية . وفى الخلاصة : أقر شريك العنان بجارية لم يجز فى حصة شريكه ولو باع أحدهما ليس للآخر أخذ ثمنه ولا الخصومة فيما باعه أو أدانه (وهو) أن الشريك (أمين فى المال فيقبل قوله) بيمينه (فى) مقدار الربح والخسران والضياع و (الدفع لشريكه ولو) ادعاه (بعد موته) كما فى البحر مستدلا بما فى وكالة الولوالجية

بماله ، والشركة بمال الغير لا الهبة والقرض ؛ وما كان إتلافا للمال أو تمليكا من غير عوض فإنه لا يجوز مالم يصرح به نصا (قوله لأن الشركة) أى مطلقها (قوله وصح بيع شريك مفاوض) أنظر هل المفاوض قيد فى كلام المصنف ط عن الحموى (قوله لا يصح إقراره بدين) أى لمن لا تقبل شهادته له ، أما لغيره فيقبل كما سبق فى قوله وكل دين لزم أحدهما الخ . وهذا إنما هو فى شريك المفاوضة ، أما شريك العنان ففيه تفصيل . قال فى الخانية : ولو أقر أحد شريكى العنان بدين فى تجارتهما لزم المقر جميع ذلك إن كان هو الذى وليه ، وإن أقر أنه ولياه لزمه نصفه ، وإن أقر أن صاحبه وليه لا يلزمه شئ ، بخلاف الشركة المفاوضة فإن كل واحد منهما يكون مطالبا بذلك اهـ ونحوه فى الفتح .

وحاصله أن إقرار أحد شريكى العنان بدين فى تجارتهما لا يمضى على الآخر ، وإنما يمضى على نفسه على التفصيل المذكور . أما شريك المفاوضة فيمضى عليهما مطلقا فافهم ، لكن سيأتى فى الفروع أنه لو قال أحد الشريكين استقرضت ألفا فالقول له أن المال فى يده ويأتى الكلام عليه (قوله وفى الخلاصة) استدراك على المتن بأن العين كالدين اهـ ح لكن مافى المتن فى المفاوضة وهذا فى العنان (قوله بجارية) أى فى يده من الشركة أنها لرجل تاترخانية (قوله ليس للآخر أخذ ثمنه) أفاد أن للمديون أن يمتنع من الدفع إليه ، فإن دفع برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر فتح ، وكذا لا يجوز تأجيله الدين لو العاقد غيره أو هما عند أبى حنيفة . وعندهما يجوز فى نصيبه ، ولو أجله العاقد جاز فى النصيبين عندهما . وعند أبى يوسف فى نصيبه فقط ، وأصله الوكيل بالبيع إذا أبرأ عن الثمن أو حط أو أجله يصح عندهما خلافا لأبى يوسف إلا أن هناك يضمن لموكله عندهما لا هنا بحر عن المحيط .

مطلب أقر بمقدار الربح ثم ادعى الخطأ

(قوله فى مقدار الربح) فلو أقر بمقداره ثم ادعى الخطأ فيه لا يقبل قوله ، كذا نقله أبو السعود عن إقرار الأشباه ط .

قلت : لكن فى حاوى الزاهدى قال الشريك ربحت عشرة ثم قال لابل ربحت ثلاثة فله أن يحلفه أنه لم يربح عشرة اهـ ومقتضاه أن القول له بيمينه ، لكن لايخفى أن الأوجه ما فى الأشباه لأنه برجوعه متناقض فلا يقبل منه وما فى الأشباه عزاه إلى كافى الحاكم فهو نص المذهب فلا يعارضه ما فى الحاوى (قوله والضياع) أى ضياع المال كلا أو بعضا ولو من غير تجارة ط (قوله مستدلا بما فى وكالة الولوالجية) عبارة الولوالجية : ولو وكل بقبض وديعة ثم مات الموكل فقال الوكيل قبضت فى حياته وهلك وأنكرت الورثة أو قال دفعته إليه صدق ، ولو كان دينا لم يصدق لأن الوكيل فى الموضعين حكى أمرا لايملك استئنافه ، لكن من حكى أمر الايملك استئنافه ، إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لايصدق ، وإن كان فيه نفى الضمان عن نفسه صدق والوكيل بقبض الوديعة

كل من حكى أمرا لايملك استئنافه ، أن فيه إيجاب الضمان على الغير لايصدق وإن فيه نفى الضمان عن نفسه صدق انتهى فليحفظ هذا الضابط .

(ويضمن بالتعدى) وهذا حكم الأمانات . وفى الخانية : التقييد بالمكان صحيح ، فلو قال لا تجاوز خوارزم فجاوز ضمن حصة شريكه . وفى الأشباه : نهى أحدهما شريكه عن الخروج وعن بيع النسيئة جاز (كما يضمن الشريك عنانا أو مفاوضة بحر (بموته مجهلا نصيب صاحبه) على المذهب ، والقول بخلافه غلط كما فى الوقف من الخانية ، وسيجىء فى الوديعة خلافا للأشباه .

[فروع] فى المحيط : قد وقع حادثتان :

الأولى نهاه عن البيع نسيئة فباع ، فأجبت بنفاذه فى حصته ، وتوقفت فى حصة شريكه ، فإن أجاز فالربح لهما .

فيما يحكى ينفى الضمان عن نفسه فصدق ، والوكيل بقبض الدين فيما يحكى يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق اه .

مطلب فى قبول قوله دفعت المال بعد موت الشريك أو الموكل

قلت : أى أن الوكيل بقبض الدين إذا قال قبضته من المديون وهلك عندى أو قال دفعته للموكل الميت لا يصدق بالنسبة إلى براءة المديون ، لأن فى ذلك إلزام الضمان على الميت ، فإن الديون تقضى بأمثالها فيثبت للمديون بذمة الدائن مثل ما للدائن بذمته فيلتقيان قصاصا . وأما بالنسبة إلى الوكيل نفسه فيصدق لأنه أمين ، وبموت الموكل لم ترتفع أمانته ، وإن بطلت وكالته فلا يضمن ماقبضه ولا يرجع عليه المديون ، وقد أوضح المسألة فى الخيرية أول كتاب الوكالة فافهم (قوله كل من حكى أمرا الخ) فإن الوكيل هنا حكى أمرا وهو قبض الوديعة أو الدين فى حياة الموكل وهو لايملك استئنافه بعد موت الموكل : أى لو كان لم يقبض فى حياته وأراد استئناف القبض بعد موته لم يملكه لأنه انعزل عن الوكالة (قوله التقييد بالمكان صحيح الخ) ظاهر التفريع أن التنصيص على المكان بلا نهى لا يكون تقييدا . وعبارة البزازية التقييد بالمكان صحيح ، حتى لو قال اخرج إلى خوارزم ولا تجاوزه صح ، فلو جاوزه ضمن . وفى الجوهرة من المضاربة :

وألفاظ التخصيص والتقييد أن يقول : خذ هذا مضاربة بالنص على أن تعمل به فى الكوفة أو فاعمل به فى الكوفة ما إذا قال واعمل به فى الكوفة بالواو لايكون تقييدا فله أن يعمل فى غيرها لأن الواو حرف عطف ومشورة وليست من حروف الشرط اه ، فأفاد أن مجرد التنصيص لايكفى بل لابد من أمر يفيد التقييد كالشرط وكالنهى (قوله وفى الأشباه الخ) أعم منه ماقدمناه عن الفتح من أن كل ما كان لأحدهما إذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله (قوله جاز) أى النهى (قوله بموته مجهلا الخ) فى حاوى الزاهدى : مات الشريك ومال الشركة ديون على الناس ولم يبين ذلك بل مات مجهلا يضمن كما لو مات مجهلا للعين اه أى عين مال الشركة الذى فى يده ومثله بقية الأمانات ، لكن إذا علم أن وارثه يعلمها لايضمن ؛ ولو ادعى الوارث العلم وأنكر الطالب فإن فسرها الوارث وقال : هى كذا وهلكت صدق كما سيأتى إن شاء الله تعالى فى كتاب الوديعة (قوله والقول بخلافه غلط) وهو عدم تضمين المفاوض (قوله وسيجىء فى الوديعة) سيجىء هناك بضع عشرة موضعا يضمن فيها الأمين بموته مجهلا (قوله خلافا للأشباه) حيث جرى فى كتاب الأمانات على ماهو الغلط (قوله فى المحيط) صوابه فى البحر : فإن الحادثتين وقعتا لصاحب البحر سئل عنهما وأجاب بما ذكر ، ثم قال : ولم أرفيهما إلا ماقدمته : أى مامر عن الخانية (قوله فإن أجاز فالربح لهما)

الثانية نهاه عن الإخراج فخرج ثم ربح ، فأجبت أنه غاصب حصة شريكه بالإخراج فينبغي أن لايكون الربح على الشرط انتهى ، ومقتضاه فساد الشركة نهر . وفيه : وتفرع على كونه أمانة ماسئل قارئ الهداية عمن طاب محاسبة شريكه فأجاب لا يلزم بالتفصيل ، ومثله المضارب والوصى والمتولى نهر ، وقضاة زماننا ليس لهم قصد بالمحاسبة إلا الوصول إلى سحت المحصول (و) إما (تقبل) وتسمى شركة صنائع وأعمال وأبدان (إن اتفق صانعان (خياطان أو خياط وصباغ)

وإن لم يجز فالبيع فى حصته باطل (قوله فأجبت أنه غاصب) أى كما هو صريح ماقدمه عن الخانية من قوله ضمن حصة شريكه (قوله بالإخراج) فيه نظر . ففي مضاربة الجوهرة عند قول القدورى : وإن خص له رب المال التصرف فى بلد بعينه أو فى سلعة بعينها لم يجز أن يتجاوز ذلك ، فإن خرج إلى غير ذلك البلد أو دفع المال إلى من أخرجه لا يكون مضمونا عليه بمجرد الإخراج حتى يشترى به خارج البلد ، فإن هلك المال قبل التصرف فلا ضمان عليه، وكذا لو أعاده إلى البلد عادت المضاربة كما كانت على شرطها، وإن اشترى به قبل العود صار مخالفا ضامنا ويكون ذلك لأنه تصرف بغير إذن صاحب المال فيكون له ربحه وعليه وضيعته لايطيب له الربح عندهما خلافا لأبى يوسف ، وإن اشترى ببعضه وأعاد بقيته إلى البلد ضمن قدرمااشترى به ، ولا يضمن قدر ما أعاد اه والظاهر أن الشركة كذلك (قوله فينبغي أن لايكون الربح على الشرط) أى بل يكون له كما علمته منقولا (قوله ومقتضاه فساد الشركة) أى مقتضى الجواب بأنه صار غاصبا وبأن الربح لايكون على الشرط ، ولكن هذا بعد التصرف فى المال لابمجرد الإخراج، فلو عاد قبل التصرف تبقى الشركة كما علمت فافهم (قوله فأجاب الخ)حيث قال إن القول قول الشريك والمضارب فى مقدار الربح والخسران مع يمينه ولا يلزمه أن يذكر الأمر مفصلا ، والقول قوله فى الضياع والرد إلى الشريك اه .

مطلب فيما لو ادعى على شريكه خيانة مبهمة

قلت: بقى مالو ادعى على شريكه خيانة مبهمة ، ففى قضاء الأشباه لايحلف . ونقل الحموى عن قارئ الهداية أنه يحلف وإن لم يبين مقدارا لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يبين مقدار مانكل فيه . ثم قال : وأنت خبير بأن قارئ الهداية لم يستند إلى نقل، فلا يعارض مانقله فى الأشباه عن الخانية (قوله ومثله المضارب والوصى والمتولى)سيذكر الشارح فى الوقف عن القنية أن المتولى لاتلزمه المحاسبة فى كل عام، ويكتفى القاضى منه بالإجمال او معروفا بالأمانة ولو متهما يجبره على التعيين شيئا فشيئا ،ولا يحبسه بل يهدده ؛ ولو اتهمه يحلفه اه . والظاهر أنه يقال مثل ذلك فى الشريك والمضارب والوصى فيحمل إطلاقه على غير المتهم : أى الذى لم يعرف بالأمانة تأمل (قوله نهر) يغنى عنه قوله أولا وفيه (قوله إلى سحت المحصول) السحت : بالضم وبضمتين الحرام، أو ماخبث من المكاسب فلزم منه العار ط عن القاموس ، إذ لايجوز للقاضى الأخذ على نفس المحاسبة لأنها واجبة عليه ، نعم لو كتب سجلا أو تولى قسمة وأخذ أجر المثل له ذلك كما حرره فى البحر من الوقف .

مطلب فى شركة التقبل

(قوله وإما تقبل) عطف على قوله إما مفاوضة (قوله وتسمى شركة صنائع) جمع صناعة كرسالة ورسائل وهى كالصنعة حرفة الصانع وعمله (قوله وأعمال وأبدان) لأن العمل يكون منهما غالبا بأبدانهما (قوله إن اتفق صانعان الخ) أشار إلى أنه لابد من العقد أولا ، بأن يتفقا على الشركة قبل التقبل ، لما سيأتى قبيل الفروع لو تقبل

فلا يلزم اتحاد صنعة ومكان (على أن يتقبلا الأعمال) التى يمكن استحقاقها ومنه تعليم كتابة وقرآن وفقه على المفتى به ، بخلاف شركة دلالين ومغنين وشهود محاكم وقراء مجالس وتعاز

ثلاثة عملا بلا عقد شركة فعمله أحدهم فله ثلث الأجر ولا شيء للآخرين ، وسيأتى بيانه ، والمراد عقد الشركة على التقبل والعمل ، لما فى البحر عن القنية : اشترك ثلاثة من الحمالين على أن يملأ أحدهم الجوالق ويأخذ الثانى فمها ويحملها الثالث إلى بيت المستأجر والأجر بينهم بالسوية فهى فاسدة . قال : فسادها لهذه الشروط ، فإن شركة الحمالين صحيحة إذا اشتركوا فى التقبل والعمل جميعا اه أى وهنا لم يذكر التقبل أصلا ، بل مجرد العمل مقيدا على كل واحد بنوع منه ، لكن لا يشترط كون التقبل منهما معا ؛ لما فى البحر أيضا : لو اشتركا على أن يتقبل أحدهما المتاع ويعمل الآخر أو يتقبله أحدهما ويقطعه ثم يدفعه إلى الآخر للخياطة بالنصف جاز كذا فى القنية ، لكن من شرط عليه العمل فقط لو تقبل جاز ، فلو شرط على من عليه العمل أن لا يتقبل لا يجوز لأنه عند السكوت جعل إثباتها اقتضاء ولا يمكن ذلك مع النفى كذا فى المحيط اه .

قلت : وبه علم أن الشرط عدم نفى التقبل عن أحدهما لا التنصيص على تقبل كل منهما ، ولا على عملهما لأنه إذا اشتركا على أن يتقبل أحدهما ويعمل الآخر بلا نفى كان لكل منهما التقبل والعمل لتضمن الشركة الوكالة . قال فى البحر : وحكمها أن يصير كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه بتقبل الأعمال ، والتوكيل به جائز سواء كان الوكيل يحسن مباشرة ذلك العمل أولا (قوله فلا يلزم اتحاد صنعة ومكان) تفريع الأول على كلام المصنف ظاهر وأما الثانى فمن حيث إنه لم يقيد بالمكان . ووجه عدم اللزوم كما فى الفتح أن المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المقصود تحصيل الربح لا يتفاوت بين كون العمل فى دكا كين أو دكان ، وكون الأعمال من أجناس أو جنس (قوله على أن يتقبلا الأعمال) أى محلها كالثياب مثلا ، فإن العمل عرض لا يقبل القبول أفاده القهستانى ؛ وعلمت أن التنصيص على تقبل كل منهما أو على عمله غير شرط . وفى النهر أن المشترك فيه إنما هو العمل ، ولذا قالوا : من صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف ، والقياس أن لا تجوز ، لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت ، واستحسن جوازها لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل اه . ومنها ما فى البحر عن البزازية لأحدهما آلة القصارة وللآخر بيت اشتركا على أن يعملا فى بيت هذا والكسب بينهما جاز ، وكذا سائر الصناعات ، ولو من أحدهما أداة القصارة والعمل من الآخر فسدت والربح للعامل وعليه أجر مثل الأداة اه ونظير هذه الأخيرة مسائل ستأتى فى الفصل قبيل قوله وتبطل الشركة الخ (قوله التى يمكن استحقاقها) أى التى يستحقها المستأجر بعقد الإجارة . وزاد فى البحر قيد أن يكون العمل حلالا لما فى البزازية : لو اشتركا فى عمل حرام لم يصح اه وأنت خبير بأن الحرام لا يستحق بالأجر فافهم (قوله ومنه) الأولى ومنها أى الأعمال المذكورة (قوله على المفتى به) أى الذى هو قول المتأخرين من جواز أخذ الأجرة على التعليم ، وكذا على الأذان والإمامة فافهم (قوله بخلاف شركة دلالين) فإن عمل الدلالة لا يمكن استحقاقه بعقد الإجارة ، حتى لو استأجر دلالا يبيع له أو يشترى فالإجارة فاسدة إذا لم يبين له أجلا كما صرح به فى إجارة المجتبى ح (قوله ومغنين) لأن الغناء حرام ح (قوله وشهود محاكم) لعدم صحة الاستئجار على الشهادة ح (قوله وقراء مجالس وتعاز) يحتمل أنه عطف تفسير أو مغاير وهو بفتح التاء المثناة فوق وبعين مهملة بعدها ألف ثم زاى جمع تعزية : وهى المأتم بالهمزة والتاء المثناة الفوقية الذى يصنع للأموات ، لأن عادتهم القراءة بصوت واحد يشتمل على التمطيط وعلى قطع بعض الكلمات والابتداء من أثناء الكلمة ، ولأنه استئجار على القراءة ؛

ووعاظ وسؤال لأن التوكيل بالسؤال لايصح قنية وأشباه (ويكون الكسب بينهما) على ماشرطا مطلقا فى الأصح لأنه ليس بربح بل بدل عمل فصح تقويمه (وكل ماتقبله أحدهما يلزمهما) وعلى هذا الأصل (فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالب) كل منهما (بالأجر ويبرأ) دافعها (بالدفع إليه) أى إلى أحدهما (والحاصل من) أجر (عمل أحدهما بينهما على الشرط) ولو الآخر مريضا أو مسافرا أو امتنع عمدا بلا عذر لأن الشرط مطلق العمل لا عمل القابل: ألا ترى أن القصار لو استعان بغيره أو استأجره استحق الأجر بزازية (و) إما (وجوه) هذا رابع وجوه شركة العقد (إن عقداها على أن يشتريا) نوعا أو أنواعا (بوجوههما) أى بسبب وجاهتهما (ويبيعا) فما حصل بالبيع يدفعان منه ثمن

والذى أجازه المتأخرون إنما هو الاستئجار على التعليم خلافا لمن توهم خلافه كما سيأتى فى الإجارات إن شاء الله تعالى. وفى القنية: ولاشركة القراء بالزمزمة فى المجالس والتعازى لأنها غير مستحقة عليهم اهـ. وفى القاموس الزمزمة الصوت البعيد له دوى وتتابع صوت الرعد. وذكر ابن الشحنة أن ابن وهبان بالغ فى النكير على إقرارهم على هذا فى زمانه وعلى القراءة بالتمطيط ومنع من جواز سماعها وأطنب فى إنكارها، وتمامه فى ح (قوله ووعاظ) أى شركة وعاظ فيما يتحصل لهم بسبب الوعظ لأنه غير مستحق عليهم ط (قوله وسؤال) بتشديد الهمزة جمع سائل: وهو الشحاذ اهـ ح (قوله لأن التوكيل بالسؤال لايصح) ومالا تصح فيه الوكالة لاتصح فيه الشركة كما مر (قوله مطلقا) أى سواء شرطا الربح على السواء أومتفاضلا، وسواء تساويا فى العمل أولا، وقيل إن شرطا أكثر الربح لأدناهما عملا لايصح. والصحيح الجواز أفاده فى البحر، وهذا إذا لم تكن مفاوضة إذ لاتكون المفاوضة إلا مع التساوى كما يأتى (قوله لأنه ليس بربح الخ) اعلم أن التفاضل فى الربح عند اشتراط التساوى فى العمل لايجوز قياسا لأن الضمان بقدر ماشرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن، فلم يجز العقد كما فى شركة الوجوه، ويجوز استحسانا لأن مايأخذه ليس ربحا لأن الربح إنما يكون عند اتحاد الجنس، وهنا رأس المال عمل والربح مال فلم يتحد الجنس، فكان مايأخذه بدل العمل والعمل يتقوّم بالتقويم إذا رضيا بقدر معين، فيقدر بقدر ماقوّم به فلم يؤد إلى ربح مالم يضمن، بخلاف شركة الوجوه حيث لايجوز فيها التفاوت فى الربح عند التساوى فى المشترى، لأن جنس المال وهو الثمن الواجب فى ذمتهما متحد والربح يتحقق فى الجنس المتحد، فلو جاز زيادة الربح كان ربح مالم يضمن، وتمامه فى العناية (قوله فيطالب كل واحد منهما بالعمل الخ) هذا ظاهر فيما إذا كانت مفاوضة، أما إذا أطلقاها أوقيداها بالعنان فثبوت هذين الحكمين استحسان، وفيما سواهما فهى باقية على مقتضى العنان، ولذا لو أقر بدين من ثمن مبيع مستهلك أوأجر أجير أودكان لمدة مضت لايصدق إلا ببينة، لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها فلوكان المبيع لم يستهلك أوالمدة لم تمض فإنه يلزمهما كما فى المحيط اهـ ح ملخصا (قوله ويبرأ دافعها) أنث الضمير وإن عاد على الأجر لتأويله بالأجرة ط (قوله والحاصل الخ) مامر من قوله ويكون الكسب بينهما إنما هو في الكسب الحاصل من عملهما، وماهنا فى الحاصل من عمل أحدهما: أى لافرق بين أن يعملا أويعمل أحدهما سواء كان عدم عمل الآخر لعذر أولا، لأن العامل معين القابل والشرط مطلق العمل الخ ماذكره.

مطلب شركة الوجوه

(قوله وإما وجوه) ويقال لها شركة المفاليس قهستانى (قوله نوعا أوأنواعا) أفاد أنها تكون خاصة وعامة كما فى النهر ولذا حذف المصنف المفعول (قوله أى بسبب وجاهتهما) أفاد وجه التسمية، لأن من لامال له

مااشتريا (بالنسيئة) وما بقى بينهما (ويكون كل منهما) من التقبل والوجوه (عنانا ومفاوضة) أيضا (بشرطه) السابق، وإذا أطلقت كانت عنانا (وتتضمن) شركة كل من التقبل والوجوه (الوكالة) لاعتبارها فى جميع أنواع الشركة (والكفالة أيضا إذا كانت مفاوضة) بشرطها (والربح) فيها (على ماشرطا من مناصفة المشترى) بفتح الراء (أو مثالثته) ليكون الربح بقدر الملك لئلا يؤدى إلى ربح مالم يضمن ، بخلاف العنان كما مر . وفى الدرر : لايستحق الربح إلا بإحدى ثلاث : بمال ، أو عمل ، أو تقبل .

لايبيعه الناس نسيئة إلا إذا كان له جاه ووجاهة وشرف عندهم . وأفاد الكمال أن الجاه مقلوب الوجه بوضع الواو موضع العين فوزنه عفل إلا أن الواو انقلبت ألفا للموجب لذلك ، وقيل أضيفت إلى الوجوه لأنها تبتذل فيها الوجوه لعدم المال (قوله بالنسيئة) هو على حل الشارح متعلق بقوله اشتريا ، وقصده بذلك دفع مايوهمه المتن من كونه مطلوبا ليشتريا ويبيعا ، وليس كذلك بل هو مطلوب لقوله يشتريا فكان ينبغى للمصنف ذكره عقبه لأنه لامال لهما ، فشراؤهما يكون بالنسيئة أما البيع فهو أعم (قوله ويكون كل منهما عنانا ومفاوضة بشرطه) فصورة اجتماع شرائط المفاوضة فى التقبل كما فى المحيط : أن يشترك الصانعان على أن يتقبلا جميعا الأعمال ، وأن يضمنا العمل جميعا على التساوى ، وأن يتساويا فى الربح والوضيعة ، وأن يكون كل منهما كفيلا عن صاحبه فيما لحقه بسبب الشركة اهـ .

وصورتها فى الوجوه كما فى النهاية ، أن يكون الرجلان من أهل الكفالة ، وأن يكون ثمن المشترى بينهما نصفين ، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة زاد فى الفتح : ويتساويا فى الربح ، ويكفى ذكر مقتضيات المفاوضة عن التلفظ بها كما سلف ، وتمامه فى البحر . ولا يخفى أنه إذا فقد منها شرط كانت عنانا . وفى القهستانى أن شروط المفاوضة فى المواضع الثلاثة قد اختلف ، ولم يتعرض فى المتداولات إلى أنها فى كل منها حقيقة ، والظاهر أنها فى الأول أى فى المال حقيقة وفى الباقيين مجاز ترجيحا على الاشتراك (قوله من مناصفة المشترى) أى فى المفاوضة والعنان ، وقوله أومثالثته أى فى العنان قهستانى (قوله لئلا يؤدى الخ) علة لمفهوم ماقبله ، وهو أنه لايجوز أن يكون الربح مخالفا لقدر الملك . وعبارة الكنز : وإن شرطا مناصفة المشترى أو مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل اهـ . قال فى النهر : لأن استحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان وهو على قدر الملك فى المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن ، بخلاف العنان فإن التفاضل فى الربح فيها مع التساوى فى المال صحيح ، لأنها فى معنى المضاربة من حيث أن كلا منهما يعمل فى مال صاحبه فالتحقت بها (قوله بخلاف العنان) أى فى شركة الأموال ، وكذا فى شركة التقبل فإنه يجوز فيها التفاضل كما قدمناه ، لأن المأخوذ فيها ليس بربح بل بدل عمل كما مر تقريره فافهم (قوله بمال) كما فى شركة الأموال وفى المضاربة فى حق رب المال (قوله أو عمل) كالمضارب فى المضاربة (قوله أو تقبل) عبارة الدرر أوضمان ، وكذا فى البحر وغيره ، وذلك كمن أجلس على دكانه تلميذا يطرح عليه العمل بالنصف ، وكما فى شركة الوجوه فإن الربح فيها بقدر الضمان والزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يجوز كما مر ، قال فى الدرر : ولهذا لو قال لغيره تصرف فى مالك على أن لى بعض ربحه لايستحق شيئا لعدم هذه المعانى ، والله سبحانه أعلم .

فصل فى الشركة الفاسدة

(لاتصح شركة فى احتطاب واحتشاش واصطياد واستقاء وسائر مباحات) كاجتناء ثمار من جبال وطلب معدن من كنز وطبخ آجر من طين مباح لتضمنها الوكالة ، والتوكيل فى أخذ المباح لايصح (وما حصله أحدهما فله وما حصلاه معا فلهما) نصفين إن لم يعلم مالكل (وما حصله أحدهما بإعانة صاحبه فله ولصاحبه أجر مثله بالغا مابلغ عند محمد : وعند أبى يوسف لايجاوز به نصف ثمن ذلك)

فصل فى الشركة الفاسدة

مافى هذا الفصل مسائل متفرقة من كتاب الشركة ، فكان الأولى أن يترجم بها وإن كانت الزيادة على مافى الترجمة لاتضر (قوله واصطياد) جعله من المباح وذلك مقيد بما إذا لم يكن للتلهى أويتخذه حرفة وإلا فلا يحل كما فى الأشباه ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك فى بابه (قوله وطلب معدن من كنز) المعدن ماوضع فى الأرض خلقة ، والكنز ماوضعه بنو آدم ، والركاز يعمهما فلو قال : وطلب معدن وكنز جاهلى كما فعل فى الهندية لكان أولى ، لأن الكنز الإسلامى لقطة ط (قوله من طين مباح) فإن كان الطين أوالنورة أوسهلة الزجاج مملوكا فاشتركا على أن يشتريا ذلك ويطبخاه ويبيعاه جاز ، وهو كشركة الوجوه ، كذا فى الخلاصة معزيا إلى الشافى ، وتبعه البزازى والعينى. والمذكور فى الفتح أن هذا من شركة الصنائع والأول أظهر نهر (قوله وماحصله أحدهما) أى بدون عمل من الآخر (قوله وماحصلاه معا الخ) يعنى ثم خلطاه وباعاه ، فيقسم الثمن على كيل أووزن مالكل منهما ، وإن لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما ، وإن لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد منهما إلى النصف لأنهما استويا فى الاكتساب وكأن المكتسب فى أيديهما ، فالظاهر أنه بينهما نصفان ، والظاهر يشهد له فى ذلك ، فيقبل قوله ولايصدق على الزيادة على النصف إلا ببينة لأنه يدعى خلاف الظاهر اهـ فتح :

مطلب اجتمعا فى دار واحدة واكتسبا ولا يعلم التفاوت فهو بينهما بالسوية

[تنبيه] يؤخذ من هذا ماأفتى به فى الخيرية فى زوج امرأة وابنها اجتمعا فى دار واحدة وأخذ كل منهما يكتسب على حدة ويجمعان كسبهما ولا يعلم التفاوت ولا التساوى ولا التمييز . فأجاب بأنه بينهما سوية ، وكذا لو اجتمع أخوة يعملون فى تركة أبيهم ونما المال فهو بينهم سوية ،ولو اختلفوا فى العمل والرأى اهـ وقدمنا أن هذا ليس شركة مفاوضة مالم يصرحا بلفظها أو بمقتضياتها مع استيفاء شروطها ، ثم هذا فى غير الابن مع أبيه ؛ لما فى القنية الأب وابنه يكتسبان فى صنعة واحدة ولم يكن لهما شىء فالكسب كله للأب إن كان الابن فى عياله لكونه معينا له ألا ترى لو غرس شجرة تكون للأب ثم ذكر خلافا فى المرأة مع زوجها إذا اجتمع بعملهما أموال كثيرة ، فقيل هى للزوج وتكون المرأة معينة له ، إلا إذا كان لها كسب على حدة فهو لها ، وقيل بينهما نصفان . وفى الخانية : زوج بنيه الخمسة فى داره وكلهم فى عياله واختلفوا فى المتاع فهو للأب وللبنين الثياب التى عليهم لاغير ، فإن قالوا هم أو امرأته بعد موته إن هذا استفدناه بعد موته فالقول لهم ،وإن أقروا أنه كان يوم موته فهو ميراث من الأب (قوله بإعانة صاحبه) سواء كانت الإعانة بعمل كما إذا أعانه فى الجمع والقلع أو الربط أو الحمل أو غيره أو بآلة ، كمالو دفع له بغلا أو راوية ليستقى عليها أو شبكة ليصيد بها حموى وقهستانى ط (قوله لايجاوز به) بفتح الواو على البناء

قيل تقديمهم قول محمد يؤذن باختياره نهر وعناية .

(والربح فى الشركة الفاسدة بقدر المال ، ولا عبرة بشرط الفضل) فلو كل المال لأحدهما فللآخر أجر مثله كما لو دفع دابته لرجل ليؤجرها والأجر بينهما ، فالشركة فاسدة والربح للمالك وللآخر أجر مثله ، وكذلك السفينة والبيت ، ولو لم يبع عليها البز فالربح لرب البر وللآخر أجر مثل الدابة ، ولو لأحدهما بغل وللآخر بعير فالأجر بينهما على مثل أجر البغل والبعير نهر .

للمفعول ، وقوله نصف ثمن ذلك بالرفع لأنه هو النائب عن الفاعل اه فتح : أى يعطى أجر المثل لو كان مثل نصف الثمن أو أقل ، فلو أكثر لايزاد على نصف الثمن لأنه رضى بنصف الثمن ، ثم التعبير بنصف الثمن وقع فى كافى الحاكم والهداية وغيرهما . قال ط : وذكر فى النقاية أن أجر المثل لايزاد على نصف القيمة لأن المعين وصاحب العدة يطلبان أجر المثل عند تمام العمل فربما لايتيسر البيع عند تمام العمل فكيف يفرض نصف ثمنه حتى يطلب حموى . وفى القهستانى : ولا يزاد على نصف القيمة : أى قيمة المباح يوم الأخذ إن كان له قيمة ، وإلا فينبغى أن يكون الحكم فيه التخمين والقياس اه (قوله يؤذن بإختياره) قال فى العناية : وكذا تقديم دليل أبى يوسف على دليل محمد فى المبسوط دليل على أنهم اختاروا قول محمد اه أى لأن الدليل المتأخر يتضمن الجواب عن الدليل المتقدم ، وهذه عادة صاحب الهداية أيضا أنه يؤخر دليل القول المختار ، وعبارة كافى الحاكم تؤذن أيضا باختيار قول محمد حيث قال فله أجر مثله لايجاوز نصف الثمن فى قول أبى يوسف . وقال محمد : له أجر مثله بالغا مابلغ ، ألا ترى أنه لو أعانه عليه فلم يصب شيئا كان له أجر مثله اه . ونقل ط عن الحموى عن المفتاح أن قول محمد هو المختار للفتوى . وعن غاية البيان أن قول أبى يوسف استحسان اه .

مطلب يرجح القياس

قلت : وعليه فهو من المسائل التى ترجح فيها القياس على الاستحسان (قوله والربح الخ) حاصله أن الشركة الفاسدة إما بدون مال أو به من الجانبين أو من أحدهما ، فحكم الأولى أن الربح فيها للعامل كما علمت والثانية بقدر المال ، ولم يذكر أن لأحدهم أجرا لأنه لا أجر للشريك فى العمل بالمشترك كما ذكروه فى قفيز الطحان والثالثة لرب المال وللآخر أجر مثله (قوله فالشركة فاسدة) لأنه فى معنى بع منافع دابتى ليكون الأجر بيننا فيكون كله لصاحب الدابة ، لأن العاقد عقد العقد على ملك صاحبه بأمره ، وللعاقد أجرة مثله لأنه لم يرض أن يعمل مجانا فتح .

[تنبيه] لم يذكروا مالو كانت الدابة بين اثنين دفعها أحدهما للآخر على أن يؤجرها ويعمل عليها على أن ثلثى الأجر للعامل والثلث للآخر وهى كثيرة الوقوع ، ولا شك فى فسادها لأن المنفعة كالعروض لاتصح فيها الشركة ، وحينئذ فالأجر بينهما على قدر ملكهما ، وللعامل أجر مثل عمله ، ولا يشبه العمل فى المشترك حتى نقول لا أجر له لأن العمل فيما يحمل وهو لغيرهما تأمل ، وتمامه فى حواشى المنح للخير الرملى ، ويأتى قريبا مايؤيده (قوله وكذلك السفينة والبيت) أى مثل الدابة . وفى البحر عن القنية : له سفينة فاشترك مع أربعة على أن يعملوا بسفينته وآلاتها والخمس لصاحب السفينة والباقى بينهم بالسوية فهى فاسدة ، والحاصل لصاحب السفينة ، وعليه أجر مثلهم اه (قوله ولو لأحدهما بغل وللآخر بعير) أى وقد اشتركا على أن كلا يؤجر مال كل واحد والحاصل بينهما فهو باطل أيضا ، لأن معنى هذا أن كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ودابتى على أن ثمنه بيننا ، ثم إن آجراهما بأجر معلوم

(وتبطل الشركة) أى شركة العقد (بموت أحدهما) علم الآخر أولا لأنه عزل حكمى (ولو حكما) بأن قضى بلحاقه مرتدا (و) تبطل أيضا (بإنكارها) وبقوله لاأعمل معك فتح (وبفسخ أحدهما) ولو المال عروضا ، بخلاف المضاربة

صفقة واحدة فى عمل معلوم قسم الأجر على مثل أجر البغل ومثل أجر الجمل ، بخلاف مالو اشتركا على أن يتقبلا الحمولات المعلومة بأجرة معلومة ولم يؤجرا البغل والجمل كانت صحيحة لأنها شركة التقبل والأجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل ، كما لايعتبر فى شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه ، وإن أجر البغل أو البعير بعينه كان كل الأجر لصاحبه لأنه هو العاقد ، فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله فتح (قوله على مثل أجر البغل) الأولى أجر مثل البغل ، وقوله والبعير أى وأجر مثل البعير ، فلو البعير يؤجر بضعف مايؤجر به البغل مثلا فلصاحب البعير ثلثا الأجر ولصاحب البغل ثلثه ط وإن آجر كل واحد منهما دابته وشرطا عملهما فى الدابة أو عمل أحدهما من السوق والحمل وغير ذلك كان الأجر مقسوما بينهما على قدر أجر مثل دابتهما وعلى مقدار أجر عملهما كما قبل الشركة اه قال الخير الرملى : وهو مؤيد لما قلنا ؛

[فرع] أعطى بذر الفيلق رجلا ليقوم عليه فيعلفه بالأوراق على أن ماحصل فهو بينهما فالفيلق لصاحب البذر لأنه حصل من بذره ، وللرجل الذى قام عليه قيمة الأوراق وأجر مثله على صاحب البذر ، وعلى هذا إذا دفع البقرة بالعلف ليكون الحادث بينهما نصفين ،فما حدث فهو لصاحب البقرة وللآخر مثل علفه وأجر مثله تاترخانية (قوله أى شركة العقد) أما شركة الملك فلا تبطل ، وقول الدرر وتبطل الشركة مطلقا فالإطلاق فيه بالنظر للمفاوضة والعنان ط ؛

قلت : والمراد أن شركة الملك لا تبطل : أى لايبطل الاشتراك فيها ، بل يبقى المال مشتركا بين الحى وورثة الميت كما كان وإلا فلا يخفى أن شركة الميت مع الحى بطلت بموته تأمل (قوله بموت أحدهما) لأنها تتضمن الوكالة أى شرط لها ابتداء وبقاء لأنه لا يتحقق ابتداؤها إلا بولاية التصرف لكل منهما فى مال الآخر ، ولاتبقى الولاية إلابيقاء الوكالة ، وبه اندفع ما قيل الوكالة تثبت تبعا ، ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الأصل فتح ، فلو كانوا ثلاثة فمات أحدهم حتى انفسخت فى حقه لا تنفسخ ن حق الباقيين بحر عن الظهيرية (قوله بأن قضى بلحاقه مرتدا) حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة ، وإن لم يقض بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالإجماع فإن عاد مسلما قبل الحكم بقيت ، وإن مات أو قتل انقطعت ولو لم يلحق وانقطعت المفاوضة على التوقف هل تصير عنانا عنده لا وعندهما نعم بحر عن الولوالجية ملخصا (قوله بإنكارها) أى ويضمن حصة الآخر لأن جحود الأمين غصب كافى البحر سائحانى (قوله وبقوله لا أعمل معك) هذا فى المعنى فسخ فكان الأولى تأخيره عن قوله وبفسخ أحدهما ؛

وفى البحر عن البزازية : اشتركا واشتريا أمتعة ثم قال أحدهما لا أعمل معك بالشركة وغاب فباع الحاضر الأمتعة فالحاصل للبائع وعليه قيمة المتاع ، لأن قوله لا أعمل معك فسخ للشركة معه وأحدهما يملك فسخها وإن كان المال عروضا ، بخلاف المضاربة هو المختار اه (قوله بخلاف المضاربة) والفرق أن مال الشركة فى أيديهما معا وولاية التصرف إليهما جميعا فيملك كل نهى صاحبه عن التصرف فى ماله نقدا كان أوعروضا ، بخلاف مال المضاربة لأنه بعد ماصار عروضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه اه

هو المختار بزازية خلافا للزيلعى ، ويتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدى (وبجنونه مطبقا) فالربح بعد ذلك للعامل لكنه يتصدق بربح مال المجنون تتارخانية (ولم يزك أحدهما مال الآخر بغير إذنه ، فإن أذن كل وأديا معا) أو جهل (ضمن كل نصيب صاحبه) وتقاصا أو رجع بالزيادة (وإن أديا متعاقبا كان الضمان على الثانى ، علم بأداء صاحبه أولا كالمأمور بأداء الزكاة) أو الكفارة (إذا دفع للفقير بعد أداء الآمر بنفسه) لأن فعل الآمر عزل حكمى ؛ وفيه : لايشترط العلم خلافا لهما .

(اشترى أحد المتفاوضين أمة بإذن الآخر) صريحا فلا يكفى سكوته (ليطأها فهى له) لاللشركة (بلا شىء) لتضمن الإذن بالشراء للوطء الهبة ، إذ لاطريق لحله إلا بها لحرمة وطء المشتركة ، وهبة المشاع فيما لايقسم جائزة . وقال : يلزمه نصف الثمن (وللبائع) والمستحق (أخذ كل بثمنها) وعقرها لتضمن المفاوضة للكفالة .

(ومن اشترى عبدا) مثلا (فقال له آخر أشركنى فيه فقال فعلت ،

فتح (قوله خلافا للزيلعى) حيث قيد فسخ أحدهما الشركة بكون المال دراهم أو دنانير ، فأفاد عدمه او عروضا كما فى المضاربة ، وهو قول الطحاوى ، وصرح فى الخلاصة بأن أحد الشريكين لايملك فسخ الشركة إلا برضى صاحبه . قال فى الفتح : وهذا غلط ، وقد صحح هو أى صاحب الخلاصة إنفراد الشريك بالفسخ والمال عروض اهـ . ووفق فى البحر بين كلامى الخلاصة . واعترضه فى النهر ، وأجبنا عنه فيما علقناه على البحر (قوله ويتوقف الخ) تقييد للمتن (قوله لأنه عزل قصدى) لأنه نوع حجر ، فيشترط علمه دفعا للضرر عنه فتح (قوله وبجنونه مطبقا) فالشركة قائمة إلى أن يتم إطباق الجنون فتنفسخ ، فإذا عمل بعد ذلك فالربح كله للعامل والوضيعة عليه ، وهو كالغصب لمال المجنون فيطيب له ربح ماله لاما ربح من مال المجنون ، فيتصدق به بحر عن التتارخانية . قال ط : وظاهره أنه لايحكم بالفسخ إلا بإطباق الجنون ، وهو مقدر بشهر أو بنصف حول على الخلاف (قوله لكنه يتصدق الخ) والظاهر أنه يقال مثل ذلك فيما إذا تصرف أحدهما بالمال فى صور بطلان الشركة المارة ، فإن الربح يكون للعامل ويتصدق بما ربح من مال الآخر (قوله ولم يزك أحدهما الخ) لأن الإذن بينهما فى التجارة والزكاة ليست منها ، ولأن أداء الزكاة من شرطه النية ، وعند عدم الإذن لا نية له فلا تسقط عنه لعدمها ط عن الحموى (قوله وأديا معا) أى أدى كل منهما عن نفسه وعن شريكه ح . وصورته كما قال ابن كمال : بأن أدى كل منهما بغيبة صاحبه واتفق أداؤهما فى وقت واحد (قوله وتقاصا) أى إن كانت مفاوضة أو عنانا تساويا فيها ط (قوله أو رجع) أى بالزيادة إن كانت عنانا لم يتساوفيها المالان ط (قوله اشترى أحد المتفاوضين) قيل التقييد بالمتفاوضين اتفاقى ، وفيه نظر لأن قوله وللبائع أخذ كل بثمنها لايشمل العنان لعدم تضمنها الكفالة . وأيضا فإن شريك العنان له أن يشترى ماليس من جنس تجارتهما ، ويقع الشراء له ويطالب بالثمن ، وكذا يقع الشراء له إذا اشترى من جنس تجارتهما بعد ماصار المال عروضا كما مر قبيل قول المصنف وتبطل بهلاك المالين (قوله بإذن الآخر) قيد به لأنه لو اشتراها للوطء بلا إذن كانت شركة بحر (قوله للوطء) متعلق بالشراء ، وقوله الهبة بالنصب مفعول تضمن (قوله وقالا يلزمه نصف الثمن) لأنه أدى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه بحر والمتون على قول الإمام (قوله وللبائع الخ) لأنه دين وجب بسبب التجارة بحر ، والمراد بالتجارة الشراء فإنه من أنواعها كما مر فى قوله وكل دين لزم أحدهما بتجارة فافهم (قوله وعقرها) يرجع إلى المستحق . قال ح : فهو نشر مرتب (قوله للكفالة) متعلق بتضمن ، واللام فيه للتقوية ، وهى الداخلة على معمول المتعدى بنفسه إذا كان محمولا على الفعل أو متأخرا عن معموله ، وما هنا من الأول فافهم (قوله ومن اشترى) بمعنى المفرد ؛ لما فى الفتح :

إن قبل القبض لم يصح ، وإن بعده صح ولزمه نصف الثمن ، وإن لم يعلم بالثمن خير عند العلم به ؛ ولو قال : أشركنى فيه فقال نعم ثم لقيه آخر وقال مثله وأجيب بنعم ، فإن) كان القائل (عالما بمشاركة الأول فله ربعه ، وإن لم يعلم فله نصفه) لكون مطلوبه شركته فى كامله (و) حينئذ (خرج العبد من ملك الأول) ما اشتريت اليوم من أنواع التجارة فهو بينى وبينك فقال نعم جاز أشباه . وفيها : تقبل ثلاثة عملا بلا عقد شركة فعمله أحدهم فله ثلث الأجر ولا شىء للآخرين .

لو اشترى اثنان عبدا فأشركا فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه ، لأن كلا صار مملكا نصف نصيبه . وفى الاستحسان له ثلثه لأنهما حين أشركاه سوياه بأنفسهما فكأنه اشترى العبد معهما اهـ (قوله إن قبل القبض لم يصح) قال فى الفتح : اعلم أن ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبنى على صيرورة المشترى بائعا للذى أشركه وهو استفاد الملك منه ، فانبنى على هذا أن من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز ، لأنه بيع مالم يقبض ، ولو أشركه بعد القبض ولم يسلمه إليه حتى هلك لم يلزمه ثمن ، ويعلم أنه لابد من قبول الذى أشركه ، لأن لفظ أشركتك صار إيجابا للبيع اهـ .

قلت : ومثله قوله فى الذخيرة : اشترى شيئا ثم أشرك آخر فيه فهذا بيع النصف بنصف الثمن الذى اشتراه به اهـ. ومقتضاه أنه يثبت فيه بقية أحكام البيع من ثبوت خيار العيب والرؤية ونحوه ، وأنه لابد من علم المشترى بالثمن فى المجلس ، وهو خلاف المتبادر من قول المصنف وإن بعده صح الخ فتأمل (قوله ولزمه نصف الثمن) بناء عن أن مطلق الشركة يقتضى التسوية قال الله تعالى — فهم شراء فى الثلث — إلا أن يبين خلافه فتح (قوله ثم لقيه آخر) أما لو أشرك اثنين صفقة واحدة . كان العبد بينهم أثلاثا فتح وكافى (قوله فإن كان القائل) أى الثانى (قوله فله ربعه) أى ربع جميع العبد ، لأنه طلب منه الإشراك فى نصيبه ونصيبه النصف بحر (قوله لكون مطلوبه شركته فى كامله) لأنه حيث لم يعلم بمشاركة الأول يصير طالبا لشراء النصف وقد أجابه إليه .

[تنبيه] لايخفى أن هذه الشركة شركة ملك . وفى التاترخانية عن التتمة : سئل والدى عن أحد شريكى عنان اشترى بما فى يده من المال عروضا ثم قال لأجنبى أشركتك فى نصيبى مما اشتريت قال يصير شريكا له شركة ملك (قوله مااشتريت اليوم الخ) ذكر اليوم غير قيد كما فى الهندية . وفى كافى الحاكم : وإن اشتركا بلا مال على أن مااشتريا من الرقيق فهو بينهما جاز ، وكذلك لو قالا فى هذا الشهر فخصا العمل والوقت ؛ فإن قال أحدهما اشتريت متاعا فهلك منى وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق ، فإن برهن على الشراء والقبض ثم ادعى الهلاك صدق بيمينه وإن شرط الربح أثلاثا بطل الشرط والربح بينهما نصفان ، ولا يستطيع أحدهما الخروج من الشركة إلا بمحضر من صاحبه اهـ ملخصا . زاد فى البحر عن الظهيرية ، وليس لواحد منهما أن يبيع حصة الآخر مما اشترى إلا بإذن صاحبه لأنهما اشتركا فى الشراء لافى البيع اهـ . فأفاد أن هذه شركة ملك لاعقد ، وقدمنا عن الولوالجية اشتركا على أن مااشتريا من تجارة فهو بيننا يجوز ولايحتاج فيه إلى بيان الصفة والقدر والوقت ، لأن كلا منهما صار وكيلا عن الآخر فى نصف مايشتريه وغرضه تكثير الربح وذلك لايحصل إلا بعموم هذه الأشياء . وفى التتارخانية عن المنتقى قال هشام : سمعت أبايوسف يقول فى رجل قال لآخر معى عشرة آلاف فخذها شركة تشترى بينى وبينك قال هو جائز والربح والوضيعة عليهما اهـ (قوله ولاشىء للآخرين) لأنهم لمالم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل ، لأن المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الأجر ، فإذا عمل أحدهم الكل صار متطوعا فى الثلثين فلا يستحق الأجر اهـ ح عن البحر : قال ابن وهبان : هذا فى القضاء ، أما فى الديانة فينبغى أن يوفيه بقية الأجرة لأن

[فروع] القول لمنكر الشركة . برهن الورثة على المفاوضة لم يقبل حتى يبرهنوا أنه كان مع الحى فى حياة الميت . برهنوا على الإرث والحى على المفاوضة قضى له بنصفه فتح .

تصرف أحد الشريكين فى البلد والآخر فى السفر وأراد القسمة فقال ذو اليد قد استقرضت ألفا فالقول له إن المال فى يده .

الظاهر من حال العامل أنه إنما عمل الجميع على الظن أن يعطيه جميع الأجرة فلا ينبغى أن يخيب ظنه (قوله القول لمنكر الشركة) أى إذا كان المال فى يده فادعى عليه آخر أنه شاركه مفاوضة فالقول للجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة ، لأنه يدعى العقد واستحقاق مافى يده وهو منكر فتح (قوله وبرهن الورثة الخ) أى إذا مات أحد المفاوضين والمال فى يد الحى فبرهن الورثة على المفاوضة لم يقض لهم بشىء مما فى يد الحى ، لأنهما شهدا بعقد علم ارتفاعه بالموت ، ولأنه لاحكم فيما شهدا به على المال الذى فى يده فى الحال لأن المفاوضة فيما مضى لاتوجب أن يكون المال الذى فى يده فى الحال من شركتهما إلا أن يبرهنوا أنه كان فى يده فى حياة الميت أوأنه من شركتهما فإنه حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه فتح (قوله برهنوا على الإرث) يعنى والمال فى أيديهم كما فى الفتح (قوله قضى له بنصفه) أى ترجيحا لبينته على بينتهم لأنه خارج يدعى نصف المال على ذى اليد بعقد المفاوضة مع المورث . (قوله تصرف أحد الشريكين فى البلد الخ) تخصيص أحدهما بكونه تصرف فى البلد والآخر فى السفر مبنى على كونه صورة الواقعة ، أو ليفيد أن القول لذى اليد وإن لم يعلم صاحبه بما صنع .

مطلب إذا قال الشريك استقرضت ألفا فالقول إن المال بيده

(قوله فالقول له إن المال فى يده) لأنه حينئذ أمين ، فقد ادعى أن الألف حق الغير ، بخلاف ما إذا لم يكن فى يده لأنه يدعى دينا عليه ، فلو قال لى فى هذا المال الذى فى يدى كذا يقبل أيضا كما يقبل أنه للغير تأمل ، وهى واقعة الفتوى ، وبه أفتيت رملى على المنح . وأفتى أيضا فى الخيرية فيما إذا قال الذى فى يده المال كنت استدنت من فلان كذا للشركة ودفعت له دينه بأن القول قوله بيمينه ، واستدل له بما فى المنح عن جواهر الفتاوى ، وهو ماذكره الشارح هنا ، ويؤيده مافى الحامدية عن محيط السرخسى فى فصل مايجوز لأحد شريكى العنان : لواستقرض أحدهما مالا لزمهما لأن الاستقراض تجارة ومبادلة معنى ، لأنه يملك المستقرض ويلزمه رد مثله فشابه المصارفة أو الاستعارة ، وأيهما كان نفذ على صاحبه اه ومثله فى الولوالجية ، وكذا فى الخانية من فصل شركة العنان ، لكن فى الخانية أيضا قال أحد شريكى العنان إنى استقرضت من فلان ألف درهم للتجارة لزمه خاصة دون صاحبه ، لأن قوله لايكون حجة لإلزام الدين عليه ، وإن أمر أحدهما صاحبه بالاستدانة لايصح الأمر ولايملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لاعلى صاحبه ، لأن التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل ، لأنه توكيل بالتكدى إلا أن يقول الوكيل للمقرض إن فلانا يستقرض منك ألف درهم فحينئذ يكون المال على الموكل لاعلى الوكيل اه أى لأنه يكون حينئذ رسولا والمستقرض هو المرسل ، وكذا لو قال فى الولوالجية ، وإن أذن كل منهما لصاحبه بالاستدانة عليه لزمه خاصة ، فكان للمقرض أن يأخذه منه وليس له أن يرجع على شريكه وهو الصحيح لأن التوكيل بالاستقراض باطل فصار الإذن وعدمه سواء اه .

قلت : ويظهر من هذا أن فى المسألة قولين : أحدهما مامر عن المحيط من أن لكل من شريكى العنان الاستقراض

شروا كرما فباعوا ثمرته ودفعوه لأحدهم ليحفظه فدسه فى التراب ولم يجده حلف فقط .

دفع لآخر مالا أقرضه نصفه وعقد الشركة فى الكل فشرى أمتعة فطلب رب المال حصته ، إن لم يصبر لنضه أخذ المتاع بقيمة الوقت .

بينهما متاع على دابة فى الطريق سقطت فاكترى أحدهما بغيبة الآخر خوفا من هلاك المتاع أو نقصه رجع بحصته قنية .

لأنه تجارة : أى مبادلة معنى . والثانى عدم الجواز ولو بصريح الإذن ، وهو الصحيح لموافقته لقولهم : إن التوكيل بالاستقراض باطل لأنه توكيل بالتكدى . وبيانه أن الاستقراض تبرع ابتداء فكان فى معنى التكدى : أى الشحاذة . ويتفرع على ذلك أنه لو استقرض بالإذن وهلك القرض يهلك عليهما على القول الأول . وعلى الثانى يهلك على المستقرض ، لكن لايخفى أن هذا لاينافى مامر عن الجواهر . لأن ما استقرضه أحدهما يملكه المستقرض لعدم صحة الإذن فينفذ عليه ، فإذا أخذ المال ووضعه فى مال الشركة وكان المال فى يده يصدق فله أخذ نظيره ، لما قدمه المصنف أن الشريك أمين فى المال فيقبل قوله بيمينه . وأما قوله وليس له أن يرجع على شريكه فذاك فيما إذا هلك القرض ، فلا ينافى قبول قوله إن بعض هذا المال قرض ، وأراد أخذ نظيره إذ لارجوع فى ذلك على الشريك ، وكذا لاينافى ماقدمناه عند قوله لايصح إقراره بدين من أنه يلزم المقر جميع الدين إن كان هو الذى وليه الخ لما قلنا ، نعم يشكل عليه مامر هناك فى الشرح من أنه لو أقر بجارية فى يده من الشركة أنها لرجل لم يجز فى حصة شريكه ، إلا أن يجاب بأن المراد ماإذا علم ببينة أو إقرار أنها من المال المشترك بينهما إذ لايصدق على شريكه بل إقراره يقتصر عليه ، هذا ماظهر لى فى هذا المقام فاغتنم تحريره والسلام (قوله ودفعوه) أى الثمن المفهوم من البيع التزاما والمصنف صرح به اهـ ح (قوله فدسه فى التراب) أى تراب الكرم الحصين بباب وغلق ، ولو فى الأرض المملوكة له لم يضمن إن جعل علامة وإلا ضمن كالوضع فى المفازة مطلقا جامع الفصولين . والفرق بين الكرم والأرض أن الكرم مطلوب لأجل الثمار فلابد من كونه حرزا ، وأما الأرض فليست مقصودة سائحانى فافهم (قوله أقرضه نصفه) يحتمل أن يكون الإقراض بعد إفرازه أو قبله ، فإن قرض المشاع جائز بالإجماع كما فى جامع الفصولين .

مطلب دفع ألفا على أن نصفه قرض و نصفه مضاربة أو شركة

وفى مضاربة التتارخانية : ولو قال خذ هذه الألف على أن نصفها قرض على أن تعمل بالنصف الآخر على أن يكون الربح لى جاز ولا يكره ، فإن تصرف بالألف وربح كان بينهما على السواء والوضيعة عليهما ، لأن نصف الألف صار ملكا للمضارب بالقرض والنصف الآخر بضاعة فى يده ، وإن على أن نصفها قرض ونصفها مضاربة بالنصف جاز ولم يذكر الكراهة هنا اهـ .

قلت : ويظهر عدم الكراهة فى الثانى بالأولى . والظاهر أن الشركة كالمفاوضة لو دفع ألفا نصفها قرض على أن يعمل بالألف بالشركة بينهما والربح بقدر المالين مثلا ، وأنه لاكراهة فى ذلك لأنه ليس قرضا جر نفعا (قوله فطلب رب المال حصته) أى مما كان من الشركة منح ، والمراد أنه طلب مال القرضة ، فإن صبر إلى أن يصير مال الشركة ناضا : أى دراهم ودنانير يأخذ ما أقرضه من جنسه ، وإن لم يصبر لنضه أخذ متاعا بقيمة الوقت ، والظاهر أنه مقيد برضا شريكه ، وإلا فله دفع قرضه من غير المتاع إن كان له غيره أو يأمره القاضى ببيعه ، وإنما قلنا إن المراد مال القرض ، لأنه لو كان المراد قسمة حصته من مال الشركة فإنه يقوم بقيمته يوم اشترياه ويكون الربح بينهما على قدره كما نقله فى البحر عن الينابيع (قوله بينهما متاع الخ) ولو كان بينهما

دابة مشتركة قال البيطارون لابد من كيها فكواها الحاضر لم يضمن :
دار بين اثنين سكن أحدهما وخربت ، إن خربت بالسكنى ضمن :
طاحون مشتركة قال أحدهما لصاحبه عمرها فقال هذه العمارة تكفيني لا أرضى بعمارتك فعمرها لم يرجع جواهر الفتاوى .

وفى السراجية : طاحون مشترك أنفق أحدهما فى عمارتها فليس بمتطوع ؛ ولو أنفق على عبد مشترك أو أدى خراج كرم مشترك فهو متطوع الكل من منح المصنف .

قلت : والضابط أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه إذا فعله أحدهما بلا إذن فهو متطوع وإلا لا ولايجبر الشريك على العمارة إلا فى ثلاث

بعير حمل عليه أحدهما بأمر شريكه فسقط فى الطريق فنحره ، إن كان ترجى حياته ضمن وإلا فلا ، ولو نحره أجنبى يضمن مطلقا وهو الأصح ، وكذا الشاة لو ذبحها الراعى على هذا التفصيل ، ولو ذبحها غيره يضمن ط ملخصا عن الهندية (قوله دابة مشتركة) أى بين حاضر وغائب ط (قوله قال البيطارون) جمع بيطار : معالج الدواب قاموس ط (قوله لم يضمن) أى إذا هلكت لأنه اعتمد على خبر أهل المعرفة ، ومفهومه أنه لو فعله من تلقاء نفسه ضمن ط (قوله سكن أحدهما الخ) تقدمت مسائل الانتفاع بالمشترك فى غيبة شريكه أول الباب عند قوله إلا فى الخلط والاختلاط ، وقدمنا الكلام عليها (قوله طاحون مشتركة) المراد بها كل مالا يقسم ط (قوله عمرها) بصيغة الأمر : أى قال للآخر عمرها معى فافهم (قوله لم يرجع) لأن شريكه يجبر على أن يفعل معه كما يعلم من الضابط الآتى (قوله فليس بمتطوع) مخالف لما قبله وللضابط (قوله فهو متطوع) لأنه يجبر على الإنفاق وعلى أداء الخراج ط .

مطلب مهم فيما إذا امتنع الشريك من العمارة والإنفاق فى المشترك

قال فى جامع الفصولين : جاز الجبر على الإنفاق فى قن وزرع ودابة مشتركة ؛ ولم يجبر ذو السفل على البناء لأنه فى الأول يصير الممتنع عن النفقة متلفا حقا قائما لشريكه فيجبر ، بخلاف الثانى لأن حق ذى العلو فائت ، إذ حقه قرار العلو على السفل ولم يبقيا ، لكن يأتى فى الحائط المشترك : لو انهدم وعرصته عريضة ، قيل لايجبر ، وقيل يجبر وهو الأشبه لتضرر الشريك ، فعلى هذا القول ينبغى أن يجبر ذو السفل على البناء اه ملخصا . وذكر قبيله فى قن أوزرع بينهما فغاب أحدهما وأنفق الآخر يكون متبرعا ، بخلاف ذى العلو مع أن كلا لايصل إلى إحياء حقه إلا بالإنفاق :

والفرق أن الأول غير مضطر ، لأن شريكه لو حاضرا يجبره القاضى على الإنفاق ، ولو غائبا يأمر القاضى الحاضر به ليرجع على الآخر ، فلما زال الاضطرار كان متبرعا أما ذو العلو فمضطر فى بناء السفل ، إذ القاضى لايجبره لو حاضرا فلا يأمر غيره لو غائبا والمضطر ليس بمتبرع اه ملخصا .

وحاصله : أن فى الجبر على الإنفاق على القن والزرع قولين وأنه ينبغى أن يكون ذو السفل كذلك .
(قوله والضابط الخ) نقل هذا الضابط فى متفرقات قضاء البحر عن الإمام الحلوانى :

قلت : ولابد من تقييده بما إذا كان مريد الإنفاق مضطرا إلى إنفاق شريكه معه فيقال إذا كان أحدهما مضطرا إلى الإنفاق معه وأنفق بلا إذن الآخر ، فإن كان الآخر الممتنع يجبر على الفعل معه فهو متطوع لتمكنه من

رفعه إلى القاضي ليجبره وإلا لا : أى وإن لم يجبر الممتنع لايكون متطوعا فالأول كما فى الثلاث التى ذكرها الشارح وكما فى قن وزرع ودابة على أحد القولين ، والثانى كما فى سفل انهدم ، فإن صاحبه لايجبر على البناء على ماهر ، فذو العلو مضطر إلى البناء وصاحبه لايجبر ، فإذا أنفق ذو العلو لايكون متبرعا ، ومثله الحائط المنهدم إذا كان عليه حمولة لآخر على ماياتى بيانه ، بخلاف ما إذا كان مريد الإنفاق غير مضطر وكان صاحبه لايجبر كدار يمكن قسمتها وامتنع الشريك من العمارة فإنه لايجبر ، فلو أنفق عليها الآخر بلا إذنه فهو متبرع لأنه غير مضطر ، إذ يمكنه أن يقسم حصته ويعمرها كما صرح به فى الخانية ، ويعلم مما يأتى من التقييد بما لايقسم أيضا ، وبه علم أنه لابد من التقييد بالاضطرار كما قلنا ، وإلا لزم أن لايكون متبرعا حيث أمكنته القسمة : وعلى هذا يحمل مافى جامع الفصولين حيث قال : والتحقيق أن الاضطرار يثبت فيما لايجبر صاحبه لافيما يجبر ، ففى الأول يرجع لافى الثانى لو فعله بلا إذن ، وهذا يخلصك عن الاضطراب الواقع فى هذا الباب اه ملخصا فافهم ، هذا :

وفى شرح الوهبانية للشرنبلالى : حمام بين رجلين أودولاب ونحوه مما تفوت بقسمته المنفعة المقصودة احتاج إلى المرمة وامتنع أحدهما منها : قال بعضهم : يؤجرها القاضى ليرمها بالأجرة أويأذن لأحدهما بالإجارة ويأخذ المرمة منها . وقال بعضهم : إن القاضى يأذن لغير الآبى بالإنفاق ثم يمنع صاحبه من الانتفاع به حتى يؤدى حصته ، والفتوى على هذا القول اه ومثله فى الخيرية عن الخانية .

قلت : وهذا زيادة بيان لما سكت عنه الضابط المذكور ، وهو أنه إذا اضطر ورفع الأمر إلى القاضى ليجبره ثم امتنع تعنتا أوعجزا يأذن القاضى للمضطر ليرجع بقى أنه لم يذكر بماذا يرجع :

وفى جامع الفصولين : حائط بينهما وهى وخيف سقوطه فأراد أحدهما نقضه وأبى الآخر يجبر على نقضه . ولو هدما حائطا بينهما فأبى أحدهما عن بنائه يجبر ، ولو انهدم لايجبر ولكنه يبنى الآخر فيمنعه حتى يأخذ نصف ماأنفق لو أنفق بأمر القاضى ونصف قيمة البناء لو أنفق بلا أمر القاضى ه . ونقل هذا الحكم فى شرح الوهبانية عن الذخيرة فى مسألة انهدام السفل وقال إنه الصحيح المختار للفتوى ، فعلم أن هذا فيما لايجبر عليه كالحائط والسفل أما مايجبر عليه مثل مالا يقسم لابد فيه عند الامتناع من إذن القاضى كما علمت ، خلافا لما سيأتى عن الأشباه . وبه يظهر لك مافى قسمة الخيرية ، حيث سئل فى عقار لايقبل القسمة كالطاحون والحمام إذا احتاج إلى مرمة وأنفق أحد الشريكين من ماله ، أجاب : لايكون متبرعا ويرجع بقيمة البناء بقدر حصته كما حققه فى جامع الفصولين ، وجعل الفتوى عليه فى الولوالجية قال فى جامع الفصولين معزيا إلى فتاوى الفضلى : طاحونة لهما أنفق أحدهما فى مرمتها بلا إذن الآخر لم يكن متبرعا إذ لايتوصل إلى الانتفاع بنصيبه إلا به اه فراجع كتب المذهب ، فإن فى هذه المسألة وقع تحير واضطراب فى كلام الأصحاب اه ملخصا :

قلت : مانقله فى جامع الفصولين عن الفضلى قال عقبه أقول : ينبغى أن يكون على تفصيل قدمته اه :

قلت : أراد بالتفصيل مامر من إناطة الرجوع وعدمه على الجبر وعدمه :

وحاصله أنه لم يرض بما فى فتاوى الفضلى ، لأن الشريك فى الطاحون يجبر لكونها ممالا يقسم فلا يرجع المعمر بلا إذنه وبلا أمر القاضى : ويمكن تأويل كلام الفضلى بحمله على ما إذا أنفق بأمر القاضى أو هو قول آخر كما يأتى وأما مافى الولوالجية فقد ذكره فى مسألة السفل ، وهو ماقدمناه آنفا عن شرح الوهبانية عن الذخيرة بعينه ، وهذه المسألة لايجبر فيها الشريك فيرجع عليه المعمر وإن عمر بلا إذنه كما علمت ولاتقاس عليها مسألة الطاحون .

وصى وناظر وضرورة تعذر قسمة ككرى نهر ومرمة قناة وبئر ودولاب وسفينة معيبة وحائط لايقسم أساسه فإن كان الحائط يحتمل القسمة ويبنى كل واحد فى نصيبه السترة لم يجبر

مطلب فى الحائط إذا خرب وطلب أحد الشريكين قسمته أو تعميره

والذى تحصل(١) فى هذا المحل أن الشريك إذا لم يضطر إلى العمارة مع شريكه بأن أمكنه القسمة فأنفق بلا إذنه فهو متبرع ، وإن اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه فلابد من إذنه أو أمر القاضى فيرجع بما أنفق ، وإلا فهو متبرع إن اضطر وكان شريكه لايجبر ، فإن أنفق بإذنه أو بأمر القاضى رجع بما أنفق أولا فبالقيمة ، فاغتنم تحرير هذا المقام الذى هو مزلة أقدام الأفهام (قوله وصى وناظر) قال فى وصايا الخانية : جدار بين دار صغيرين عليه حمولة يخاف عليه السقوط ولكل صغير وصى فطلب أحد الوصيين مرمة الجدار وأبى الآخر : قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : يبعث القاضى أمينا ينظر فيه إن علم أن فى تركه ضررا عليهما أجبر الآبى أن يبنى مع صاحبه وليس هذا كإباء أحد المالكين ، لأن ثمة الآبى رضى بدخول الضرر عليه فلايجبر ، أما هنا الوصى أراد إدخال الضرر على الصغير فيجبر أن يرم مع صاحبه اهـ :

قلت : ويجب أن يكون الوقف كمال اليتيم ، فإذا كانت الدار مشتركة بين وقفين واحتاجت إلى المرمة فأرادها أحد الناظرين وأبى الآخر يجبر على التعمير من مال الوقف ، وقد صارت حادثة الفتوى ، كذا فى متفرقات قضاء البحرح.

قلت : بقى لو كانت الشركة بين بالغ ويتيم ، وينبغى أنه لو كان الضرر على البالغ لايجبر وصى اليتيم ، بخلاف العكس ، وكذا لو بين يتيمين والضرر على أحدهما ، بأن كانت حمولة الجدار له فينبغى أن يجبر وصى المتضرر لو امتنع ، وكذا يقال فى الوقف مع الملك تأمل (قوله وضرورة تعذر قسمة) الإضافة للبيان ط (قوله ككرى نهر) أى تعديله (قوله فإن كان الحائط يحتمل القسمة) أى يحتمل أساسه القسمة ، بأن كان عريضا . وفى المسألة تفصيل لأنه إما أن يكون عليه حمولة أولا ، ففى الثانى إن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر فقيل لايجبر مطلقا ، وقيل يجبر لو عرصته عريضة وبه يفتى وإن طلب أحدهما البناء لا القسمة ، فلو عريضة لايجبر الآبى ، ولو غير عريضة ، قيل لايجبر أيضا ، وقيل يجبر وهو الأشبه ، وإن بنى أحدهما قيل لايرجع لو عريضة لأنه غير مضطر فيه وفى الأول وهو هو ما إذا كان عليه حمولة ، فإما أن تكون الحمولة لهما أو لأحدهما فإن كانت لهما فإن طلب أحدهما قسمة عرصة الحائط لايجبر الآخر ولو عريضة إذ لكل منهما حق فى كامل العرصة وهو وضع الجذوع على جميع الحائط ، وإن طلب أحدهما البناء ، قيل لايجبر الآبى لو عريضة ، وقيل مطلقا ، وقيل يجبر مطلقا ، وبه يفتى ، إذ فى عدم الجبر تعطيل حق شريكه ، وهو وضع الجذوع على جميع الحائط ؛ ولو بنى بلا إذن ، قيل لو عريضة لايرجع وقيل يرجع ، وهو الصحيح لأنه مضطر ، كما لو كانت غير عريضة ، لكن مر أن الفتوى على أن شريكه يجبر على البناء ولا اضطرار فيما يجبر

---

(١) (قوله والذى تحصل الخ) قد نظمت هذا الحاصل لتسهيل حفظه فقلت :

وإن يعمر الشريك المشترك ... بدون إذن للرجوع ماملك
إن لم يكن لذاك مضطرا بأن ... أمكنه قسمة ذلك السكن
أما إذا اضطر لذا وكان من ... أبى على التعمير يجبر فإن
بإذنه أو إذن قاض يرجع ... وفعله بدون ذا تبرع
ثم إذا اضطر ولا جبر كما ... فى السفل والجدار يرجع بما
أنفقه إن كان بالإذن بنى ... لذا وإلا فبقيمة البنا اهـ منه

وإلا أجبر وكذا كل مالا يقسم كحمام وخان وطاحون وتمامه فى متفرقات قضاء البحر والعينى والأشباه وفى غصب المجتبى زرع بلا إذن شريكه فدفع له شريكه نصف البزر ليكون الزرع بينهما قبل النبات لم يجز وبعده جاز وإن أراد قلعه يقاسمه فيقلعه من نصيبه ويضمن الزارع نقصان الأرض بالقلع ، والصواب نقصان الزرع :
وفى قسمة الأشباه المشترك : إذا انهدم فأبى أحدهما العمارة ، فإن احتمل القسمة لاجبر وقسم وإلا بنى ثم آجره ليرجع وتمامه فى شركة المنظومة المحبية ، وفيها :

باع شريك شقصه لآخر ولو بلا إذن شريك ناظر
فيما عدا الخلط والاختلاط حوز ذاك البيع والتعاطى
ثم الشريك ههنا لو باع حصته من فرس وابتاعا

عليه كمامر تحقيقه ، فينبغى أن يفتى بأنه متبرع ، وإن كانت الحمولة لأحدهما وطلب صاحبها القسمة يجبر الآبى لو عريضة وهو الصحيح وبه يفتى ؛ ولو أراد ذو الحمولة البناء وأبى الآخر فالصحيح أنه يجبر ولو بنى فالصحيح أنه يرجع لما مر أنه مضطر ؛ ولو بناه الآخر والعرصة عريضة فهو متبرع ، ثم فى كل موضع لم يكن البانى متبرعا كان له منع صاحبه من الانتفاع إلى أن يرد عليه ما أنفق أو قيمة البناء على مامر ؛ فلو قال صاحبه أنا لا أتمتع بالمبنى ؛ قيل لا يرجع البانى ، وقيل يرجع اه جامع الفصولين ملخصا (قوله وإلا أجبر) أى وإن لم يحتمل القسمة أجبر الآبى على البناء وهو الأشبه كمامر (قوله كحمام الخ) أى إذا احتاج إلى مرمة أو قدر أو نحوه ، بخلاف ما إذا خرب وصار صحراء لأنه يمكن قسمته كما فى جامع الفصولين (قوله بلا إذن شريكه) أى فى الأرض بأن كانت مشتركة بينهما نصفين (قوله لم يجز) لأنه بيع معنى فلا يصح فى معدوم (قوله وإن أراد) أى غير الزارع (قوله يقاسمه) أى يقاسمه الأرض المشتركة بينهما (قوله فيقلعه) أى يقلع الزرع من نصيبه من الأرض . ونظير هذا ماقالوا فيما لو بنى فى دار مشتركة وطلب الآخر رفع البناء فإنه يقاسمه الدار ويأمره بهدم ماخرج من البناء فى حصته (قوله ويضمن الزارع نقصان الأرض بالقلع) أى نقصان نصف الأرض لو انتقصت لأنه غاصب فى نصيب شريكه شرح الملتقى (قوله والصواب نقصان الزرع) هذا من عند الشارح ، لأن عبارة المجتبى انتهت عند قوله نقصان الأرض بالقلع كما وجدته فى نسخة معتمدة من نسخ المجتبى ، ولا وجه لتصويب الشارح ، فإن نقصان الزرع بإرادة مالكه على الخصوص . أما نقصان الأرض بالقلع فضرّ للشريك لكونها ملكهما ، فإن القسمة وقعت على الزرع فقط لا على الأرض أيضا ، هذا ماظهر لى فتأمل اه ح .

قلت : فى عبارته قلب ، والصواب أن يقول فإن القسمة وقعت على الأرض فقط لا على الزرع أيضا . على أن مافهمه من كلام الشارح غير متعين ، ويبعد من هذا الشارح الفاضل أن يفهم هذا الفهم العاطل ، بل مراده أن الصواب أن يقول ويضمن الزارع نقصان الأرض بالزرع ، لكنه اختصر العبارة فقال نقصان الزرع من إضافة المصدر إلى فاعله : أى ما نقصها الزرع ووجه التصويب أن الأرض ينقصها الزرع لا القلع لأنها تحرث لأجل الزرع فإذا زرعت ونبت الزرع تحتاج إلى حرث آخر ، بل بعض أنواع الزرع يعطل الأرض بحيث لا يمكن زراعتها حتى تترك عامين أو أكثر . أما نفس القلع فليس ضرر الأرض منه فافهم (قوله وإلا بنى ثم آجره ليرجع) أى آجره بإذن القاضى ليأخذ ما أنفقه من الأجرة ، وهذا أحد قولين . والثانى أن القاضى يأذن له بالإنفاق ثم يمنع صاحبه من الانتفاع به حتى يؤدى حصته ، وقدمنا عن شرح الوهبانية للشرنبلالى أن الفتوى على هذا القول . وعبارة الأشباه كما ذكره الشارح فى آخر القسمة وإلا بنى ثم آجره ليرجع بما أنفق لو بأمر قاض وإلا فبقيمة البناء وقت البناء اه وقدمنا أن هذا التفصيل فيما لا يجبر فيه الشريك (قوله باع شريك الخ) أى شركة الملك ، وهذه المسألة

ذلك منه الأجنبي وهلكا ... وكان ذا بغير إذن الشركا
فإن يشاءوا اضمنوا الشريك أو ... من اشترى منه على ما قد رووا
وإن يكن كل شريك آجرا ... حصة حمام له من آخرا
وكان شخص منهما قد أذنا ... لذاك فى تعميرها وبالبنا
فلا رجوع صاح للمستأجر ... فى ذا البنا على الشريك الآخر

تقدمت متنا أول الباب عند قوله وكل أجنبى فى مال صاحبه الخ (قوله وهلكا) أى الفرس والألف فيه للإطلاق والمراد أنه هلك بيد المشترى (قوله وكان ذا) أى البيع المقرون بالتسليم ، إذ البيع وحده لايوجب الضمان لعدم تحقق الغصب به كما ذكروه فى كتاب الغصب . وفى البزازية قال : بعت الوديعة وقبضت ثمنها لايضمن مالم يقل دفعتها إلى المشترى (قوله فإن يشاءوا الخ) أى الشركاء . وفى الحامدية عن فتاوى قارئ الهداية والمنح : لهما دابة فباع أحدهما نصيبه وسلمها إلى المشترى بغير إذن شريكه فهلكت عند المشترى فالشريك يخير بين أن يضمن شريكه أو المشترى ، فإن ضمن الشريك جاز بيعه فنصف الثمن له ، وإن ضمن المشترى رجع بنصف الثمن على بائعه والبائع لايرجع بما ضمن على أحد كما هو حكم الغاصب اه. وبه علم أن مبنى الضمان هو التسليم إلى المشترى بدون إذن الشركاء لا لمجرد البيع كما قلنا فافهم . ووجه الخيار هو أن البائع كالغاصب والمشترى كغاصب الغاصب (قوله وإن يكن كل شريك آجر الخ) هذه المسألة سئل عنها الإمام الفضلى وأجاب فيها بعدم الرجوع . ثم قال : يحتمل أن يقال المستأجر يقوم مقام مؤجره فيما أنفق فيرجع على مؤجره وهو أى مؤجره على شريكه . ويحتمل أن يقال المستأجر إنما رجع على مؤجره بالأمر وأمره إنما يجوز على نفسه لا على غيره ، فالمستأجر متبرع فى نصيب شريكه فلا يرجع على أحد اه . وناقشه فى جامع الفصولين بقوله : أقول : لو رمّ المؤجر بنفسه ، فلو كان له الرجوع على شريكه ينبغى أن يرجع المستأجر على مؤجره وهو على شريكه لصحة الأمر إذا أمر فيما له فعله فكأنه رمّ بنفسه ، فلا معنى لقوله وأمره إنما يجوز على نفسه لا على غيره ، ولو لم يكن له الرجوع إذا رمّ بنفسه لم يجز أمره على حق شريكه فلا رجوع ، فلا يفيد قوله يقوم مقام مؤجره .

فالحاصل أن أحد الاحتمالين باطل إلا أن يكون قولان فى رجوع المؤجر لو رمّ بنفسه. والظاهر أن فيه قولين على مايظهر مما تقدم ؛ ولو رمه المؤجر بنفسه يتأتى فيه مامر من تفصيل المطالبة وتركها والحضور والغيبة وأمر القاضى وعدمه ، فينبغى أن يكون رجوعه على التفصيل اه .

قلت : وهو كلام وجيه ، لكن تقدم عن فتاوى الفضلى أنه لو أنفق فى مرمة الطاحون لم يكن متبرعا أى بناء على أن الآبى لايجبر ، وهو مخالف للضابط المتقدم كما قدمنا تحريره ، فالظاهر أن كلام الفضلى هنا مبنى على ما ذكره فى فتاواه فيرجع لو رم بنفسه أو رم مأموره وهو المستأجر ، لأنه أمر بما يملك فعله فيرجع المستأجر عليه وهو يرجع على شريكه ، أما عدم رجوع المستأجر على شريك المؤجر فظاهر لأنه أجنبى عنه . وقد كتب الشارح هنا على الهامش عند قوله فلا رجوع صاح للمستأجر الخ مانصه :

قلت : ظاهره أنه يرجع على الآذن . بقى بم يرجع بكله أو بحصته فليراجع اه :

قلت : صريح عبارة الفضلى المارة أنه يرجع على الآذن وهو المؤجر ، وأنه يرجع بالكل على الاحتمال الأول وبحصة المؤجر فقط على الاحتمال الثانى لأنه جعله متبرعا فى نصيب الشريك ، وإذا قلنا بأنه يثبت للشريك الرجوع فالظاهر أن مأموره يرجع عليه بالكل ، أما على مقتضى الضابط المار فلا رجوع للشريك ويرجع

لو واحد من الشريكين سكن ... فى الدار مدة مضت من الزمن
فليس للشريك أن يطالبه ... بأجرة السكنى ولا المطالبه
بأنه يسكن من الأول ... لكنه إن كان فى المستقبل
يطلب أن يهايئ الشريكا ... يجاب فافهم ودع التشكيكا

كتاب الوقف

مناسبته للشركة إدخال غيره معه فى ماله ، غير أن ملكه باق فيها لافيه :
(هو) لغة الحبس . وشرعا (حبس العين على) حكم (ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) ولو فى الجملة ،

المأمور عليه بحصته فقط ، والله تعالى أعلم (قوله لو واحد من الشريكين سكن الخ) قدمنا الكلام على هذه المسألة أول الباب قبيل شركة العقد (قوله بأجرة السكنى) أى ولو معدا للاستغلال لأنه سكن بتأويل ملك فلا أجر عليه ، نعم لو كان وقفا أو مال يتيم يلزمه أجر شريكه على ما اختاره المتأخرون ، وهو المعتمد كما سيأتى فى كتاب الغصب إن شاء الله تعالى (قوله لكنه الخ) هذا فى غير الوقف ، لأن الوقف لا تجرى فيه القسمة ولا المهايأة كما يأتى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

كتاب الوقف

هو مصدر وقفت أقف : حبست ، ومنه الموقف لحبس الناس فيه للحساب ، وأوقفت لغة رديئة حتى ادعى المازنى أنها لم تعرف من كلام العرب . قال الجوهرى : وليس فى الكلام أوقفت إلا حرفا واحدا ، أوقفت على الأمر الذى كنت عليه ، ثم اشتهر فى الموقوف فقيل هذه الدار وقف ولذا جمع على أوقاف ، وقد قال الشافعى رحمه الله تعالى : لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمت وإنما حبس أهل الإسلام . وفى وقف المنية : الرباط أفضل من العتق نهر (قوله إدخال غيره معه فى ماله) هذا فى الشركة ظاهر . وأما فى الوقف فلا يتم إلا إذا وقف على نفسه وغيره . وما فى النهر أوضح ، حيث قال : مناسبته بالشركة باعتبار أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال إلا أنه فى الشركة على ملك صاحبه . وفى الوقف يخرج عنه عند الأكثر اه ح (قوله على حكم ملك الواقف) قدر لفظ حكم تبعا للإسعاف والشرنبلالية ليكون تعريفا للوقف اللازم المتفق عليه . أما غير اللازم فإنه باق على ملك الواقف حقيقة عنده ، ولذا قال القهستانى : وشرعا عنده حبس العين ومنع الرقبة المملوكة بالقول عن تصرف الغير حال كونها مقتصرة على ملك الوقف ، فالرقبة باقية على ملكه فى حياته وملك لورثته بعد وفاته بحيث يباع ويوهب . ثم قال : ويشكل بالمسجد فإنه حبس على ملك الله تعالى بالإجماع ، اللهم إلا أن يقال إنه تعريف للوقت المختلف فيه اه .

والحاصل أن المصنف عرف الوقف المختلف والشارح قدر الحكم اختيارا للازم المتفق عليه ولكل جهة هو موليها لكن جهة الشارح أرجح من حيث أن المصنف قال هو حبس العين وذلك لايناسب تعريف غير اللازم ، إذ لا حبس فيه لأنه غير ممنوع عن بيعه ونحوه ، بخلاف اللازم فإنه محبوس حقيقة ، وكثيرا ما تخفى رموز هذا الشرح الفاضل على الناظرين خصوصا من هو مولع بالاعتراض عليه فافهم .

مطلب لو وقف على الأغنياء وحدهم لم يجز

(قوله ولو فى الجملة) فيدخل فيه الوقف على نفسه ثم على الفقراء وكذا الوقف على الأغنياء ثم الفقراء ،

والأصح أنه (عنده) جائز غير لازم كالعارية (وعندهما هو حبسها على) حكم (ملك الله تعالى

لما فى النهر عن المحيط: لو وقف على الأغنياء وحدهم لم يجز لأنه ليس بقربة ، أما لو جعل آخره للفقراء فإنه يكون قربة فى الجملة اه وبهذا التعميم صار التعريف جامعا واستغنى عما زاده فيه الكمال ، وتبعه ابن كمال من قوله أو صرف منفعتها إلى من أحب وقال إن الوقف يصح لمن يحب من الأغنياء بلا قصد القربة ، وهو وإن كان لابد فى آخره من القربة بشرط التأبيد كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الأغنياء بلا تصدق اه أفاده فى النهر . وأجاب فى البحر أيضا بأنه قد يقال : إن الوقف على الغنى تصدق بالمنفعة لأن الصدقة تكون على الأغنياء أيضا وإن كانت مجازا عن الهبة عند بعضهم ، وصرح فى الذخيرة بأن فى التصدق على الغنى نوع قربة دون قربة الفقير اه .

واعترضه ح بأن هذا النوع من القربة لو كفى فى الوقف لصح الوقف على الأغنياء من غير أن يجعل آخره للفقراء وعلمت تصريح المحيط بأنه لا يصح ، وسيأتى قبيل الفصل .

قلت : والجواب الصحيح أن الوقف تصدق ابتداء وانتهاء ، إذ لابد من التصريح بالتصدق على وجه التأبيد أو مايقوم مقامه كما يأتى تحقيقه ، ولكنه إذا جعل أوله على معينين صار كأنه استثنى ذلك من الدفع إلى الفقراء كما صرحوا به ، ولذا لو وقف على بنيه ثم على الفقراء ولم يوجد إلا ابن واحد يعطى النصف والنصف الباقى للفقراء ، لأن ما بطل من الوقف على الابن صار للفقراء ، لأن الوقف خرج عن ملك الواقف بقوله صدقة موقوفة أبدا ، فقد ابتدأه بالصدقة وختمه بها كما قاله الخصاف ، فعلم أنه صدقة ابتداء ، ولا يخرجه عن ذلك اشتراط صرفه لمعين (قوله والأصح أنه عنده جائز الخ) قال فى الإسعاف : وهو جائز عند علمائنا أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله تعالى .

وذكر فى الأصل : كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف فأخذ بعض الناس بظاهر هذا اللفظ وقال لا يجوز الوقف عنده . والصحيح أنه جائز عند الكل ، وإنما الخلاف بينهم فى اللزوم وعدمه ؛ فعنده يجوز جواز الإعارة ، فتصرف منفعته إلى جهة الوقف مع بقاء العين على حكم ملك الواقف ، ولو رجع عنه حال حياته جاز مع الكراهة ، ويورث عنه . ولا يلزم إلا بأحد أمرين : إما أن يحكم به القاضى أو يخرجه مخرج الوصية . وعندهما يلزم بدون ذلك ، وهو قول عامة العلماء ، وهو الصحيح . ثم إن أبا يوسف يقول يصير وقفا بمجرد القول لأنه بمنزلة الإعتاق عنده ، وعليه الفتوى . وقال محمد : لا إلا بأربعة شروط ستأتى اه ملخصا .

وبحث فى الفتح بأنه إذا لم يزل ملكه عنده قبل الحكم فلفظ حبس لا معنى له ، لأن له التصرف فيه متى شاء فلم يحدث الوقف إلا مشيئة التصدق بالمنفعة ، وله أن يترك ذلك متى شاء ، وهذا القدر كان ثابتا قبل الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئا ، وحينئذ فقول من أخذ بظاهر ما فى الأصل صحيح . ونظر فيه فى البحر بأن سلب الفائدة مطلقا غير صحيح لأنه يصح الحكم به ، ويحل للفقير أن يأكل منه ، ويثاب الواقف به ، ويتبع شرطه ، ويصح نصب المتولى عليه . وقول من أخذ بظاهر اللفظ غير صحيح ، لأن ظاهره عدم الصحة أصلا ولم يقل به أحد ، وإلا لزم أن لا يصح الحكم به اه .

قلت : بل ذكر فى الإسعاف أنه عنده يكون نذرا بالتصدق حيث قال : وحكمه ما ذكر فى تعريفه ، فلو قال أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة جاز لازما عند عامة العلماء . وعند أبى حنيفة يكون نذرا بالصدقة بغلة الأرض ويبقى ملكه على حاله ، فإذا مات يورث عنه اه : أى فيجب عليه التصدق بغلته (قوله على حكم ملك الله تعالى) قدر لفظ حكم ليفيد أن المراد أنه لم يبق على ملك الواقف ولا انتقل إلى ملك غيره ، بل صار على حكم

وصرف منفعتها على من أحب) ولو غنيا فيلزم ، فلا يجوز له إبطاله ولا يورث عنه ، وعليه الفتوى ابن الكمال وابن الشحنة (وسببه إرادة محبوب النفس) فى الدنيا ببر الأحباب وفى الآخرة بالثواب يعنى بالنية من أهلها ، لأنه مباح بدليل صحته من الكافر ؛ وقد يكون واجبا بالنذر فيتصدق بها أو بثمنها ، ولو وقفها على من لا تجوز له الزكاة

ملك الله تعالى الذى لا ملك فيه لأحد سواه ، وإلا فالكل ملك لله تعالى . واستحسن فى الفتح قول مالك رحمه الله أنه حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه ، لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب مثل أم الولد والمدبر وحققه بما لا مزيد عليه .

قلت : والظاهر أن هذا مراد شمس الأئمة السرخسى حيث عرّفه بأنه حبس المملوك عن التمليك من الغير ، فإن الحبس يفيد أنه باق على ملكه كما كان وأنه لا يباع ولا يوهب (قوله وصرف منفعتها على من أحب) عبر به بدل قوله والتصدق بالمنفعة لأنه أعم ، وإلى التعميم أشار بقوله ولو غنيا أفاده ح ، لكن علمت أن الوقف على الأغنياء وحدهم لا يجوز ، فالمناسب التعبير بالتصدق بالمنفعة إلا أن يراد صرف منفعتها على وجه التصدق (قوله فيلزم) تفريع على ما أفاده التعريف من خروج العين عن ملك الواقف لثبوت التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه باتفاق أئمتنا الثلاثة كما ذكره فى الفتح (قوله وعليه الفتوى) أى على قولهما يلزمه . قال فى الفتح : والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه ، لأن الأحاديث والآثار متظافرة على ذلك ، واستمر عمل الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك فلذا ترجح خلاف قوله اهـ ملخصا (قوله ببر الأحباب) أى من يحب برهم ونفعهم من قريب أو فقير أجنبى (قوله يعنى بالنية) قيد للثواب ، إذ لا ثواب إلا بالنية (قوله من أهلها) وهو المسلم العاقل . وأما البلوغ فليس بشرط لصحة النية والثواب بها ، بل هو شرط هنا لصحة التبرع (قوله لأنه مباح الخ) يعنى قد يكون مباحا كما عبر فى البحر : والمراد أنه ليس موضوعا للتعبد به كالصلاة والحج بحيث لا يصح من الكافر أصلا بل التقرب به موقوف على نية القربة ، فهو بدونها مباح حتى يصح من الكافر كالعتق والنكاح ، لكن العتق أنفذ منه حتى صح مع كونه حراما كالعتق للصنم ، بخلاف الوقف فإنه لابد فيه من أن يكون فى صورة القربة ، وهو معنى ما يأتى فى قوله ويشترط أن يكون قربة فى ذاته ، إذ لو اشترط كونه قربة حقيقية لم يصح من الكافر هذا ما ظهر لى فتأمل (قوله فيتصدق بها أو بثمنها) خلط الشارح مسألة النذر بالوقف بمسألة ما لو كانت صيغة الوقف نذرا مع أن حكمهما مختلف ، فأما النذر به فقال فى البحر : والثالث المنذور كما لو قال إن قدم ولدى فعلى أن أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء به ، فإن وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته إليهم جاز فى الحكم ونذره باق وإن وقفه على غيرهم سقط ، وإنما صح النذر لأن من جنسه واجبا ، فإنه يجب أن يتخذ الإمام للمسلمين مسجدا من بيت المال ، أو من مالهم إن لم يكن لهم بيت مال كذا فى فتح القدير ، وأما مسألة ما لو كانت صيغة الوقف نذرا فقال فى البحر قبل هذا : التاسع لو قال : هى للسبيل إن تعارفوه وقفا مؤبدا للفقراء كان كذلك وإلا سئل فإن قال أردت الوقف صار وقفا لأنه محتمل لفظه ، أو قال أردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها أو بثمنها ، وإن لم ينو كانت ميراثا ذكره فى النوازل اهـ ح .

قلت : صيغة النذر بالوقف التى ذكرها فى البحر غير متعينة فليكن الشارح أشار إلى صيغة غيرها تشمل المسألتين كأن قال إن قدم ولدى فعلىّ أن أجعل هذه الدار للسبيل ، وحينئذ فإن أراد بالسبيل الصدقة كانت كذلك ، وقد ذكر حكمها بقوله فيتصدق بها أو بثمنها ، وإن أراد الوقف أو كان متعارفا كانت وقفا وقد أفاد حكمها بقوله ولو وقفها الخ

جاز فى الحكم وبقى نذره وبهذا عرف صفته وحكمه مامر فى تعريفه (ومحله المال المتقوم وركنه الألفاظ الخاصة ك) أرضى هذه (صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ونحوه) من الألفاظ كموقوفة لله تعالى أو على وجه الخير أو البر واكتفى أبو يوسف بلفظ موقوفة فقط قال الشهيد ونحن نفتى به للعرف (وشرطه شرط سائر التبرعات) كحرية وتكليف

ودقة نظر الشارح وإيجازه فى التعبير يفوق ذلك كما لايخفى على من مارس كتابه فافهم (قوله جاز فى الحكم) أى صح الوقف فى حكم الشرع لصدوره من أهله فى محله ، وصح تعيينه الموقوف عليه ، لكنه لايسقط به النذر لأن الصدقة الواجبة لابد أن تكون لله تعالى على الخلوص ، وصرفها إلى من لا تجوز شهادته له فيه نفع له فلم تخلص لله تعالى كما لو صرف إليه الكفارة أو الزكاة وقعت صدقة وبقيت فى ذمته (قوله وبهذا) أى بماذكر من أنه يكون قربة بالنية ومباحا بدونها وواجبا بالنذر (قوله وحكمه) أى الأثر المترتب عليه (قوله مامر فى تعريفه) أى من أنه تصدق بالمنفعة (قوله ومحله المال المتقوم) أى بشرط أن يكون عقارا أو منقولا فيه تعامل كما سيأتى بيانه ، ثم رأيت هذا مسطورا فى الإسعاف .

مطلب قد يثبت الوقف بالضرورة

(قوله وركنه الألفاظ الخاصة) وهى ستة وعشرون لفظا على مابسطه فى البحر ، ومنها مافى الفتح حيث قال : فرع يثبت الوقف بالضرورة وصورته أن يوصى بغلة هذه الدار للمساكين أبدا أولفلان وبعده للمساكين أبدا فإن الدار تصير وقفا بالضرورة . والوجه أنها كقوله إذا مت فقد وقفت دارى على كذا اه أى فهو من المعلق بالموت ، وسيأتى الكلام عليه وأنه كوصية من الثلث وذكر فى البحر منها لو قال اشتروا من غلة دارى هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزا وفرقوه على المساكين صارت الدار وقفا اه وعزاه للذخيرة وبسط الكلام عليه فى أنفع الوسائل ، وقال : لا أعلم فى المسألة خلافا بين الأصحاب .

قلت : ومقتضاه أن الدار كلها تصير وقفا من ثلث ماله ويصرف منها الخبز إلى ماعينه الواقف ، والباقى إلى الفقراء لأنهم مصرف الوقف فى الأصل ، مالم ينص على غيرهم . ونظيره ماقدمناه لو وقف على أولاده وليس له إلا ولد واحد فله النصف والباقى للفقراء ، وقد سألت عن نظير هذه المسألة فى رجل أوصى بأن يؤخذ من غلة داره كل سنة كذا دراهم يشترى بها زيت لمسجد كذا ، ثم باع الورثة الدار وشرطوا على المشترى دفع ذلك المبلغ فى كل سنة للمسجد ، فأفتيت بعدم صحة البيع ، وبأنها صارت وقفا حيث كانت تخرج من الثلث (قوله واكتفى أبو يوسف بلفظ موقوفة الخ) أى بدون ذكر تأبيد أومايدل عليه كلفظ صدقة ، أو لفظ المساكين ونحوه كالمسجد ، وهذا إذا لم يكن وقفا على معين كزيد أو أولاد فلان ، فإنه لايصح بلفظ موقوفة لمنافاة التعيين للتأبيد ، ولذا فرق بين موقوفة وبين موقوفة على زيد حيث أجاز الأول دون الثانى . نعم تعيين المسجد لايضر لأنه مؤبد وسيأتى تمامه ، قال فى البحر : لايصح أى موقوفة فقط إلا عند أبى يوسف فإنه يجعلها بمجرد هذا اللفظ موقوفة على الفقراء ، وإذا كان مفيدا لخصوص المصرف أعنى الفقراء لزم كونه مؤبدا لأن جهة الفقراء لاتنقطع . قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول أبى يوسف ونحن نفتى به أيضا لمكان العرف لأن العرف إذا كان يصرفه إلى الفقراء كان كالتنصيص عليهم اه .

قلت : وهذا بناء على أن ذكر التأبيد أومايدل عليه غير شرط عنده كما سيأتى بيانه (قوله وشرطه شرط سائر التبرعات) أفاد أن الواقف لابد أن يكون مالكه وقت الوقف ملكا باتا ولو بسبب فاسد ، وأن لايكون

(وأن يكون) قربة فى ذاته معلوما (منجزا) لا معلقا إلا بكائن ، ولا مضافا ، ولا موقتا

محجورا عن التصرف ، حتى لو وقف الغاصب المغصوب لم يصح ، وإن ملكه بعد بشراء أو صلح ، ولو أجاز المالك وقف فضولى جاز وصح وقف ماشراه فاسدا بعد القبض وعليه القيمة للبائع ، وكالشراء الهبة الفاسدة بعد القبض ، بخلاف مالو اشتراه بخيار البائع فوقفها وإن أجاز البائع بعده وينقض وقف استحق بملك أو شفعة ، وإن جعله مسجدا ووقف مريض أحاط دينه بماله بخلاف صحيح وسيأتى تمامه مع حكم وقف المرهون قبيل الفصل وكذا وقف محجور لسفه أودين كذا أطلقه الخصاف. قال فى الفتح: وينبغى أنه إذا وقفها المحجور لسفه على نفسه ثم على جهة لاتنقطع أن يصح على قول أبى يوسف ، وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به الحاكم اه قال فى البحر : وهو مدفوع بأن الوقف تبرع وهو ليس من أهله. وفى النهر: يمكن أن يجاب بأن الممنوع التبرع على غيره لاعلى نفسه كما هنا واستحقاق الغير له إنما هو بعد موته (قوله وأن يكون قربة فى ذاته) أى بأن يكون من حيث النظر إلى ذاته وصورته قربة ، والمراد أن يحكم الشرع بأنه لو صدر من مسلم يكون قربة حملا على أنه قصد القربة ، لكنه يدخل فيه مالو وقف الذمى على حج أو عمرة مع أنه لايصح ولو أجرى الكلام على ظاهره لايدخل فيه وقف الذمى على الفقراء لأنه لاقربة من الذمى ، ولو حمل على أن المراد ما كان قربة فى اعتقاد الواقف يدخل فيه وقف الذمى على بيعة مع أنه لايصح فتعين أن هذا شرط فى وقف المسلم فقط ، بخلاف الذمى لما فى البحر وغيره أن شرط وقف الذمى أن يكون قربة عندنا وعندهم كالوقف على الفقراء أو على مسجد القدس ، بخلاف الوقف على بيعة فإنه قربة عندهم فقط أو على حج أو عمرة فإنه قربة عندنا فقط فأفاد أن هذا شرط لوقف الذمى فقط ، لأن وقف المسلم لايشترط كونه قربة عندهم بل عندنا كوقفنا على حج وعمرة بخلافه على بيعة فإنه غير قربة عندنا بل عندهم (قوله معلوما) حتى لو وقف شيئا من أرضه ولم يسمه لايصح ولو بين بعد ذلك ، وكذا لو قال وقفت هذه الأرض أو هذه ، نعم لو وقف جميع حصته من هذه الأرض ولم يسم السهام جاز استحسانا ، ولو قال : وهو ثلث جميع الدار فإذا هو النصف كان الكل وقفا كما فى الخانية نهر أى كل النصف : وفى البحر عن المحيط : وقف أرضا فيها أشجار واستثناها لايصح لأنه صار مستثنيا الأشجار بمواضعها فيصير الداخل تحت الوقف مجهولا (قوله منجزا) مقابله المعلق والمضاف (قوله لامعلقا) كقوله : إذا جاء غد أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا كلمت فلانا فأرضى هذه صدقة موقوفة أو إن شئت أو أحببت يكون الوقف باطلا ، لأن الوقف لايحتمل التعليق بالخطر لكونه مما لايحلف به كما لايصح تعليق الهبة بخلاف النذر لأنه يحتمله ويحلف به ، فلو قال إن كلمت فلانا إذا قدم أو إن برئت من مرضى هذا فأرضى صدقة موقوفة يلزمه التصدق بعينها إذا وجد الشرط لأن هذا بمنزلة النذر واليمين إسعاف (قوله إلا بكائن) أو موجود للحال فلا ينافى عدم صحته معلقا بالموت قال فى الإسعاف : ولو قال إن كانت هذه الأرض فى ملكى فهى صدقة موقوفة ، فإن كانت فى ملكه وقت التكلم صح الوقف وإلا فلا ، لأن التعليق بالشرط الكائن تنجيز (قوله ولامضافا) يعنى إلى مابعد الموت : فقد نقل فى البحر أن محمدا نص فى السير الكبير أنه إذا أضيف إلى مابعد الموت يكون باطلا عند أبى حنيفة اه . نعم سيأتى فى الشرح أنه يكون وصية لازمة من الثلث بالموت لاقبله ، أما لو قال دارى صدقة موقوفة غدا فإنه صحيح كما جزم به فى جامع الفصولين ، وأقره فى البحر والنهر وسيذكره المصنف قبيل باب الصرف ، فمراد الشارح بالمضاف الأول فلا غلط فى كلامه فافهم (قوله ولاموقتا) كما إذا وقف داره يوما أوشهرا قاله الخصاف ، وفصل هلال بين أن يشترط رجوعها إليه بعد الوقت فيبطل وإلا فلا . وظاهر الخانية اعتماده بحر ونهر ويأتى تمامه عند قول المصنف

ولا بخيار شرط ، ولا ذكر معه اشتراط بيعه وصرف ثمنه لحاجته، فإن ذكره بطل وقفه بزازية . وفى الفتح : لو وقف المرتد فقتل أو مات أو ارتد المسلم بطل وقفه، ولا يصح وقف مسلم أو ذمى على بيعة أو حربى قيل أو مجوسى ، وجاز على ذمى لأنه قربة حتى لو قال على أن من أسلم من ولده أو انتقل إلى غير النصرانية فلا شىء له

وإذا وقته بطل (قوله ولا بخيار شرط) معلوما كان أو مجهولا عند محمد وصححه هلال إسعاف . وفى ط عن الهندية : وصح اشتراطه ثلاثة أيام عند الثانى ، ومحل الخلاف فى غير وقف المسجد حتى لو اتخذ مسجدا على أنه بالخيار جاز والشرط باطل اه (قوله ولا ذكر معه اشتراط بيعه الخ) فى الخصاف لو قال : على أن لى إخراجها من الوقف إلى غيره أو على أن أهبها وأتصدق بثمنها، أو على أن أهبها لمن شئت أو على أن أرهنها متى بدا لى وأخرجها عن الوقف بطل الوقف، ثم ذكر أن هـذا فى غير المسجد، أما المسجد لو اشترط إبطاله أو بيعه صح وبطل الشرط . قلت : ولو اشترط فى الوقف استبداله صح وسيأتى بيانه .

[تتمة] : لايشترط قبول الموقوف عليه لو غير معين كالفقراء ، فلو لشخص بعينه وآخره للفقراء اشترط قبوله فى حقه ، فإن قبله فالغلة له ، وإن رده فللفقراء، ومن قبل ليس له الرد بعده ، ومن رده أول الأمر ليس له القبول بعده ، وتمام الفروع فى الإسعاف والبحر ، ولا يشترط أيضا وجود الموقوف عليه حين الوقف ، حتى لو وقف على مسجد هيأ مكانه قبل أن يبنيه ، فالصحيح الجواز كما سيأتى ولا تحديد العقار ، بل الشرط كونه معلوما خلافا لما يوهمه كلام القنية والفتح، نعم هو شرط الشهادة وسنذكر تمامه عند قوله ولو وقف العقار ببقره (قوله بطل وقفه) هو المختار جامع الفصولين وغيره .

مطلب فى وقف المرتد والكافر

(قوله فقتل أومات) أما إن أسلم صح كما فى البحر (قوله أوارتد المسلم بطل وقفه) ويصير ميراثا سواء قتل على ردته أومات أو عاد إلى الإسلام إلا إن أعاد الوقف بعد عوده إلى الإسلام ، ويصح وقف المرتدة لأنها لاتقتل بحر وفى هذه المسألة الاغتفار فى الابتداء لافى البقاء عكس القاعدة، فإن الردة المقارنة للوقف لاتبطله بل يتوقف ، بخلاف الطارئة فإنها تبطله بتا اه ط ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك قبيل الفصل الآتى (قوله ولايصح وقف مسلم أو ذمى على بيعة) أما فى المسلم فلعدم كونه قربة فى ذاته ، وأما فى الذمى فلعدم كونه قربة عندنا وعنده كما مر أفاده ح . لكن هذا إذا لم يجعل آخره للفقراء لما فى الفتح : لو وقف أى الذمى على بيعة مثلا فإذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء ، ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف فى وقفه ولم يحك فيه خلافا اه ومثله فى الإسعاف ، ويظهر منه أن فى عبارة البحر سقطا حيث قال : ولو وقف على بيعة فإذا خربت كان للفقراء لم يصح وكان ميراثا لأنه ليس بقربة عندنا اه .

قلت : وينبغى أن يصح وقفا على الفقراء مطلقا على قول أبى يوسف المفتى به ، وهو عدم اشتراط التصريح بالتأبيد كما مر ويأتى ، إلا أن يجاب بأن التقييد بالبيعة ينافى التأبيد كما قدمناه قريبا فتأمل (قوله أوحربى) لأنا قد نهينا عن برهم ط (قوله قيل أو مجوسى) أشار إلى أن الصحيح صحة الوقف عليه ابتداء، كما اختاره فى القنية، وفى الإسعاف لو وقف نصرانى مثلا على مساكين أهل الذمة جاز صرفها لمساكين اليهود والمجوس لكونهم من أهل الذمة ، ولو عين مساكين أهل دينه تعينوا ، ولو صرفها القيم إلى غيرهم ضمن وإن كان أهل الذمة ملة واحدة لتعين الوقف بمن يعينه الواقف .

لزم شرطه على المذهب (والملك يزول) عن الموقوف بأربعة بافراز مسجد كما سيجىء و (بقضاء القاضى) لأنه مجتهد فيه، وصورته : أن يسلمه إلى المتولى

مطلب شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع

(قوله على المذهب) فيه رد على الطرسوسى ، حيث شنع على الخصاف ، بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والإسلام سبب الحرمان ؛ قال فى الفتح : ولا نعلم أحدا من أهل المذهب تعقب الخصاف غيره ، وهذه للبعد من الفقه ، فإن شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع وهو مالك ، فله أن يجعل ماله حيث شاء مالم يكن معصية وله أن يخص صنفا من الفقراء ولو كان الوضع فى كلهم قربة ، ولاشك أن التصدق على أهل الذمة قربة حتى جاز أن يدفع إليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا ، فكيف لايعتبر شرطه فى صنف دون صنف من الفقراء؟ أرأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ، ولو دفع المتولى إلى المسلمين ضمن فهذا مثله والإسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه لهذا المال وهو إعطاء الواقف المالك اهـ (قوله والملك يزول) أى ملك الواقف فيصير الوقف لازما للاتفاق على التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه كما قدمناه عن الفتح (قوله بأربعة) هذا على قول الإمام ، لكن فيه أنه بالثانى والثالث لايزول الملك فيه عند الإمام ، حتى كان له الرجوع عنه مادام حيا كما سينبه عليه الشارح (قوله بإفراز مسجد) عبر بالإفراز لأنه لو كان مشاعا لايصح إجماعا ، وأفاد أنه يلزم بلا قضاء (قوله وبقضاء القاضى) أى قضائه بلزومه كما فى الفتح وعبر فى موضع آخر قبله بقوله أى بخروجه عن ملكه وكل صحيح لما قدمناه عنه آنفا من التلازم بين الخروج واللزوم .

[تنبيه] : قال العلامة ابن الغرس فى الفوا كه البدرية قالوا : القضاء بصحة الوقف لايكون قضاء بلزومه . وتوجيهه أن الوقف جائز غير لازم عند الإمام لازم عندهما فإذا قضى القاضى بصحته احتمل أن يكون قضى بذلك على مذهبه ، ولامعنى للجواز ههنا إلا الصحة ، ولايلزمها اللزوم فيحتاج فى لزوم الوقف إلى التصريح بذلك ، وفيه نظر وجهه أن الإمام لم يقل بكون الوقف جائزا غير لازم مطلقا بل هو عنده لازم إذا علقه الواقف بالموت أو قضى به القاضى ، ولاشك أن القضاء بصحة الوقف قضاء بالوقف ، فيكون القضاء بصحته مقتضيا للزومه ، فلا يحتاج إلى التصريح باللزوم فى القضاء به فليتأمل اهـ كلام ابن الغرس .

وحاصله : أن القضاء بصحته كالقضاء بلزومه أو بخروجه عن ملكه وفيه نظر ، لأنهم اتفقوا على صحة الوقف بمجرد القول ، وإنما الخلاف فى اللزوم فالإمام لايقول به ، وقد تقرر أن كل مجتهد فيه إذا حكم به حاكم يراه نفذ حكمه وصار مجمعا عليه ، فليس لحاكم غيره نقضه والوقف من هذا القبيل ، فإذا حكم بلزومه حاكم يراه لزم اتفاقا وارتفع الخلاف ، أما لو حكم بأصل الصحة فلا لأنها ليست محل الخلاف ، ولانسلم أنها تستلزم اللزوم وإلا لم يكن خلاف فيه مع أنه ثابت فقولهم يلزم عند الإمام بالقضاء معناه بالقضاء بلزومه أو بخروجه عن ملكه كما مر ، أما لو حكم بالصحة بأن وقع النزاع فيها فقط بأن ادعى عبده تعليق عتقه على وقفه أرضه فأنكر المولى صحة الوقف لكونه علقه بشرط مثلا فأثبت العبد أنه علقه بكائن فحكم الحاكم بصحته فهو صحيح ، ولايستلزم اللزوم لأنه ليس محل النزاع هذا مايظهر للفكر الفاتر فتدبره (قوله لأنه مجتهد فيه) أى أنه يسوغ فيه الاجتهاد ، والاختلاف بين الأئمة فيكون الحكم فيه رافعا للخلاف كما قلنا ، وهذا تعليل لزوال الملك ولزومه عند الإمام القائل بعدم ذلك فافهم (قوله وصورته) أى صورة قضاء القاضى بلزومه (قوله أن يسلمه) أى يسلم الواقف

ثم يظهر الرجوع معين المفتى معزيا للفتح (المولى من قبل السلطان) لا الحكم وسيجىء أن البينة تقبل بلا دعوى ، ثم هل القضاء بالوقف قضاء على الكافة ، فلا تسمع فيه دعوى ملك آخر ، ووقف آخر أم لا فتسمع أفتى أبو السعود مفتى الروم بالأول ، وبه جزم فى المنظومة المحبية ورجحه المصنف صونا عن الحيل لإبطاله ، لكنه نقل بعده عن البحر أن المعتمد الثانى وصححه فى الفواكه البدرية وبه أفتى المصنف (أو بالموت إذا علق به) أى بموته كإذا مت

وقفه بعد أن نصب له متوليا (قوله ثم يظهر الرجوع) أى يدعى عند القاضى أنه رجع عن وقفه ، ويطالب رده إليه لعدم لزومه ويمتنع المتولى من رده إليه فيحكم القاضى بلزومه ، فيلزم عند الإمام أيضا لارتفاع الخلاف بالقضاء (قوله لا الحكم) فإن الصحيح أن بحكمه لا يرتفع الخلاف ، وللقاضى أن يبطله بحر عن الخانية ، ومثله فى الإسعاف خلافا لما صححه فى الجوهرة :

[تنبيه] : قال فى الإسعاف : ولو كان الواقف مجتهدا يرى لزوم الوقف فأمضى رأيه فيه وعزم على زوال ملكه عنه أو مقلدا فسأل فأفتى بالجواز فقبله وعزم على ذلك لزم الوقف ، ولا يصح الرجوع فيه وإن تبدل رأى المجتهد وأفتى المقلد بعدم اللزوم بعد ذلك اهـ فهذا مما يزاد على ما يلزم به الوقف لكن قال فى النهر بعد نقله له الظاهر ضعفه اهـ أى لمخالفته لقول المتون يزول بقضاء القاضى ، وأيضا فإن العبرة لرأى الحاكم فإذا رفع إليه حكم يحكم فيه برأيه لا برأى الخصم ، والظاهر أن ما فى الإسعاف صحيح بالنسبة إلى الديانة لأن المجتهد إذا تغير رأيه لا ينقض ما أمضاه أولا وكذا المقلد فى حادثة ليس له الرجوع فيها بتقليده مجتهدا آخر ، أما لو رفعت حادثة ذلك المجتهد أو المقلد إلى حاكم آخر فإنه يحكم برأى نفسه كما قلنا ، ولذا قال ولا يصح الرجوع فيه ولم يقل ولا يصح الحكم بخلافه فاغتنم هذا التحرير (قوله وسيجىء) أى فى أول الفصل الآتى (قوله أن البينة تقبل بلا دعوى) أى فى الوقف لأن حكمه هو التصدق بالغلة وهو حق الله تعالى ، وفى حقوق الله تعالى يصح القضاء بالشهادة من غير دعوى بحر عن المحيط ، وأشار بهذا إلى أن ما مر من تصويره بالدعوى غير لازم لكن قال الخير الرملى : والكلام فى الحكم الرافع للخلاف لا الحكم بثبوت أصله فإنه غير محتاج إلى الدعوى عند البعض ، وأما الحكم باللزوم عند دعوى عدمه فلا يرفع الخلاف إلا بعد تمام الدعوى فيه ليصير فى حادثة إذ المتنازع فيه حينئذ اللزوم وعدمه فيرفع الخلاف اهـ (قوله قضاء على الكافة الخ) أى لا على المقضى عليه فقط كما فى دعوى الملك ، فإنه لو ادعى على ذى اليد أن هذا ملكه وحكم به القاضى تسمع دعوى رجل آخر على المدعى بأنه ملكه بخلاف ما إذا حكم لإنسان بالحرية ولو عارضة ، أو بنكاح امرأة أو بنسب أو بولاء عتاقة فإنه لا يسمع دعوى آخر عليه فإنه فى هذه الأربعة قضاء على كافة الناس كما أفاده فى البحر ، وسيجىء فى باب الاستحقاق (قوله ورجحه المصنف) حيث قال : وينبغى أنه يفتى به ويعول عليه لما فيه من صون الوقف عن التعرض إليه بالحيل والتلابيس والدعاوى المفتعلة قصدا لإبطاله ، ولما فيه من النفع للوقف ، وقد صرح صاحب الحاوى القدسى بأنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه حتى نقضت الإجارة عند الزيادة الفاحشة نظرا للوقف وصيانة لحق الله تعالى وإبقاء للخيرات اهـ ط (قوله أن المعتمد الثانى) قال شيخنا حفظه الله تعالى ينبغى الإفتاء بهذا أن عرف الواقف بالحيل ، لأنه قد يقف عقار غيره ، ويقضى القاضى بلزومه لدفع دعوى مالكه وإلا فيفتى بالأول اهـ وهو حسن وفيه جمع بين القولين (قوله أو بالموت الخ) معطوف على قوله بقضاء ومقتضاه أنه يزول الملك به ، وهو ضعيف كما أشار إليه الشارح : قال فى الهداية : وهذا أى زوال الملك فى حكم الحاكم صحيح ، لأنه قضاء فى فصل مجتهد فيه ، أما فى تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزمه اهـ .

فقد وقفت دارى على كذا ، فالصحيح أنه كوصية تلزم من الثلث بالموت لاقبله :
قلت : ولو لوارثه وإن ردوه لـكنه يقسم كالثلثين فقول البزازية إنه إرث

والحاصل : أنه إذا علقه بموته فالصحيح أنه وصية لازمة لـكن لم يخرج عن ملـكه ، فلا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه بعد موته لما يلزم من إبطال الوصية ، وله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا ، وإنما يلزم بعد موته بحر ، ومثله فى الفتح :

ومحصل هذا : أن المعلق بالموت لايكون وقفا فى الصحيح فلا يزول به الملك قبل الموت ، ولا بعده بل يكون وصية لازمة بعده حتى لايجوز التصرف به لاقبله ، حتى جاز له الرجوع عنه ، وهذا معنى قول الشارح فالصحيح أنه كوصية الخ فإنه قصد به تحويل كلام المصنف ، لأن كلامه فيما يزول به الملك لافيما يلزم ، ولاينافى هذا ماقدمناه من الاتفاق على التلازم بين اللزوم والخروج عن الملك ، لأن ذاك فى الوقف ، وأما المعلق بالموت فليس وقفا كما علمت فلا يلزم من لزومه وصية أن يخرج عن الملك (قوله فالصحيح أنه كوصية) قد علمت أنه تحويل لـكلام المصنف لاتفريع : قال فى الفتح : وإنما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف ، والوقف لايقبل التعليق بالشرط اهـ واعترضه الحموى بأنه تعليق بكائن وهو كالمنجز :

قلت : قدمنا أن المراد بالـكائن المحقق وجوده للحال فافهم (قوله ولو لوارثه الخ) أى يلزم من الثلث ولو كان وقفا على وارثه وإن ردوه أى الورثة الموقوف عليهم أو وارث آخر :

مطلب فى وقف المريض

وفى البحر عن الظهيرية : امرأة وقفت منزلا فى مرضها على بناتها ، ثم على أولادهن وأولاد أولادهن أبدا ماتناسلوا فإذا انقرضوا فللفقراء ثم ماتت فى مرضها ، وخلفت بنتين وأختا لأب والأخت لاترضى بما صنعت ، ولا مال لها سوى المنزل جاز الوقف فى الثلث ولم يجز فى الثلثين ، فيقسم الثلثان بين الورثة على قدر سهامهم ، ويوقف الثلث فما خرج من غلته قسم بين الورثة كلهم على قدر سهامهم ماعاشت البنتان ، فإذا ماتتا صرفت الغلة إلى أولادهما وأولاد أولادهما كما شرطت الواقفة لاحق للورثة فى ذلك :

رجل وقف دارا له فى مرضه على ثلاث بنات له ، وليس له وارث غيرهن قال الثلث من الدار وقف (١) والثلثان مطلق يصنعن بهما ماشئن. قال الفقيه أبو الليث : هذا إذا لم يجزن أما إذا أجزن صار الـكل وقفا عليهن اهـ وهذا عند أبى يوسف خلافا لمحمد إسعاف أى لأنه مشاع حيث وقفه على الثلاثة ولم يقسمه كما يفهم من كلام الإسعاف (قوله لـكنه يقسم) أى إذا ردوه يقسم الثلث الذى صار وقفا أى تقسم غلته كالثلثين فتصرف مصرف الثلثين على الورثة كلهم مادام الموقوف عليه حيا أما إذا مات تقسم غلة الثلث الموقوف على من يصير له الوقف كما علمت : وبقى ما لو مات بعض الموقوف عليهم ، فإنه ينتقل سهمه إلى ورثته مابقى أحد من الموقوف عليه حيا كما فى الإسعاف (قوله فقول البزازية) عبارتها أرضى هذه موقوفة على ابنى فلان فإن مات فعلى ولدى وولد ولدى ونسلى ، ولم تجز الورثة فهى إرث بين كل الورثة مادام الابن الموقوف عليه حيا فإذا مات صار كلها للنسل اهـ

---

(١) قوله (قال الثلث من الدار وقف الخ) أى لأن الوقف فى المرض وصية تنفذ من الثلث فقط إلا باجازة لـكن صرحوا بأن الوصية للوارث لاتجوز ولعل مرادهم إن وجد المنازع وهو الوارث الآخر لتعلق حقه ، فإن لم يوجد تجوز بلا إجازة لـكن قد يقال إذا لم يوجد غيره فلم لايجوز فى الـكل بل توقف جوازها فى الثلثين على الإجازة؟ وقد يجاب بأن الشارع لم يجعل للموصى حقا فيما زاد على الثلث فلم تجز فى الزائد وإن كانت للوارث بلا منازع إلا إذا أجازها ، هذا ماظهر لى والله تعالى أعلم اهـ منه .

أى حكما فلا خلل فى عبارته فاعتبروا الوارث بالنظر للغلة والوصية ، وإن ردوا بالنظر للغير وإن لم تنفذ لوارثه لأنها لم تتمحض له بل لغيره بعده فافهم

(قوله أى حكما) اعلم أن خبر المبتدإ، وهو قول مدلول أى التفسيرية ، فكأنه قال مفسر بالإرث حكما ، وحكما تمييز عن الإرث المقدر ؛

وحاصله : أن المراد أنه إرث من جهة الحكم أى من حيث إنه يقسم كالإرث على الفريضة الشرعية : مادام الموقوف عليه حيا ، وإلا ففى الحقيقة الثلث وقف والباقى ملك (قوله فلا خلل فى عبارته) أى عبارة البزازى ، وهذا جواب عن قول البحر هى عبارة غير صحيحة لما مر عن الظهيرية أن الثلثين ملك والثلث وقف ، وأن غلة الثلث تقسم على الورثة مادام الموقوف عليه حيا اه ؛

قلت : والظاهر أن الاعتراض على عبارة البزازى من وجهين : الأول مامر من قوله : فهى إرث وجوابه ماعلمت من أنها إرث حكما : أى حصة الوقف فقط. والثانى قوله فإذا مات صار كلها للنسل ، فإنه غير صحيح أيضا لأن الذى يصير للنسل هو الثلث الموقوف ، أما الثلثان فهما ملك للورثة حيث لم يجيزوا. والذى يظهر فى الجواب عن الوجهين أن الضمير فى قوله فهى إرث راجع إلى غلة الثلث الموقوف ، وكذا ضمير قوله صار كلها للنسل ، أو يقال مراده ماإذا كانت الأرض كلها تخرج من الثلث فإنها حينئذ تصير كلها وقفا وحيث لم يجيزوا تقسم غلتها كالإرث ثم بعد موت الابن تصير كلها للنسل يؤيد ماقلنا مافى البزازية أيضا : وقف أرضه فى مرضه على بعض ورثته فإن أجاز الورثة فهو كما قالوا فى الوصية لبعض ورثته ، وإلا فإن كانت تخرج من الثلث صارت الأرض وقفا وإلا فقدار ماخرج من الثلث يصير وقفا ثم تقسم جميع غلة الوقف ماجاز فيه الوقف ، ومالم يجز على فرائض الله تعالى مادام الموقوف عليه أو أحدهم فى الإحياء ، فإذا انقرضوا كلهم تصرف غلة الأرض إلى الفقراء إن لم يوص الواقف إلى واحد من ورثته ، ولو مات أحد من الموقوف عليهم من الورثة وبقى الآخرون فإن الميت فى قسمة الغلة مادام الموقوف عليهم أحياء كأنه حى ، فيقسم ثم يجعل سهمه ميراثا لورثته الذين لاحصة لهم من الوقف اه ، بقى لو وقفها فى مرضه ثم مات عن زوجة ولم تجز ففى البحر : ينبغى أن يكون لها السدس والباقى وقف ، لمافى وصايا البزازية لو مات عن زوجة وأوصى بكل ماله لرجل ، فإن أجازت فالكل له ، وإلا فالسدس لها وخمسة الأسداس له لأن الموصى له يأخذ الثلث أولا بقى أربعة تأخذ الربع والثلاثة الباقية له فحصل له خمسة من ستة اه . ولا شك أن الوقف فى مرض الموت وصية اه (قوله فاعتبروا الوارث الخ) قال فى البحر : والحاصل : أن المريض إذا وقف على بعض ورثته ثم على أولادهم ثم على الفقراء فإن أجاز الوارث الآخر كان الكل وقفا واتبع الشرط وإلا كان الثلثان ملكا بين الورثة والثلث وقفا مع أن الوصية للبعض لاتنفذ فى شىء ، لأنه لم يتمحض للوارث لأنه بعده لغيره فاعتبر الغير بالنظر إلى الثلث واعتبر الوارث بالنظر إلى غلة الثلث الذى صار وقفا فلا يتبع الشرط مادام الوارث حيا وإنما تقسم غلة هذا الثلث على فرائض الله تعالى ؛ فإذا انقرض الوارث الموقوف عليه اعتبر شرطه فى غلة الثلث اه (قوله بالنظر للغلة) ولهذا الاعتبار قسموها كالثلثين اه ح (قوله والوصية) بالنصب عطفا على قوله الوارث أى واعتبروا الوصية بالنظر للغير وكان حق العبارة أن يقول : واعتبروا الغير بالنظر إلى الوصية أى إلى لزومها ط (قوله وإن ردوا) أى الورثة أى بقيتهم ط ، وكذا لو رد كلهم كما قدمناه عن الظهيرية (قوله وإن لم تنفذ لوارثه) الأوضح أن يقول : لعدم نفاذها للوارث ، ويكون علة لقوله ، والوصية بالنظر للغير يعنى إنما اعتبر الغير فى لزوم الوصية لعدم نفاذها للوارث ط (قوله لأنها لم تتمحض له) علة لقوله واعتبروا الوصية ح (قوله فافهم) أمر بالفهم لدقة المقام ؛

(أو بقوله وقفتها فى حياتى وبعد وفاتى مؤبدا) فإنه جائز عندهم ، لكن عند الإمام مادام حيا هو نذر بالتصدق بالغلة فعليه الوفاء وله الرجوع ، ولو لم يرجع حتى مات جاز من الثلث :

قلت: ففى هذين الأمرين له الرجوع مادام حيا غنيا أو فقيرا بأمر قاض أو غيره شرنبلالية ، فقول الدرر لو افتقر يفسخه القاضى لو غير مسجل منظور فيه

ثم اعلم أن ماذكره الشارح من قوله قلت: إلى هنا ليس هذا محله ، لأن خروج الملك بالقضاء أو بالتعليق بالموت تفريع على قول الإمام أو بيان لمسألة إجماعية كما يأتى عن النهر ، وما ذكره هنا مصور فى مسألة الوقف فى المرض فكان عليه أن يذكره آخر الباب عند الكلام على وقف المريض ، لأن ذكره هنا يوهم أن الوقف فى المرض يلزم عند الإمام نظير التعليق بالموت وليس كذلك . ففى البحر عن الهداية ولو وقف فى مرض موته قال الطحاوى : هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لايلزم عند أبى حنيفة وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف فى الصحة من جميع المال اه .

والحاصل : أن ماذكره الشارح صحيح من حيث الحكم لكنه على قولهما وظاهر كلامهم اعتماده ، أما على قول الإمام الذى الكلام فيه فلا فى الصحيح كما علمته من عبارة البحر . والعجب ممن نقل صدر عبارة البحر المذكورة ولم ينظر تمامها فافهم ، ثم هذا بخلاف ما إذا أوصى أن تكون وقفا بعد وفاته فإن له الرجوع لأنه وصية بعد الموت والذى نجزه فى مرضه يصير وقف الصحة إذا برئ من مرضه فافترقا كما فى الخصاف (قوله أو بقوله الخ) ذكر الحياة والموت غير قيد لإغناء التأبيد عنه . قال فى الإسعاف : لو قال أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدة جاز عند عامة العلماء إلا أن محمدا اشترط التسليم إلى المتولى واختاره جماعة . وعند الإمام يكون نذرا بالصدقة بغلة الأرض ، ويبقى ملكه على حاله فإذا مات تورث عنه اه (قوله فإنه جائز عندهم) أى عند أئمتنا الثلاثة وهذا أيضا تحويل لكلام المصنف عن ظاهره إصلاحا له لأن كلامه فيما يزول به الملك عند الإمام (قوله لكن الخ) أفاد أنه عند الصاحبين جائز لازم تأمل (قوله وله الرجوع) أى مع الكراهة كما قدمناه عن الإسعاف (قوله جاز من الثلث) ويكون كالعبد الموصى بخدمته لإنسان ، فالخدمة له والرقبة على ملك مالكها ، فلو مات الموصى له يصير العبد ميراثا لورثة المالك ، إلا أن فى الوقف لا يتوهم انقطاع الموصى لهم وهم الفقراء فتتأبد هذه الوصية إسعاف ودرر (قوله ففى هذين الأمرين) أى فيما إذا علقه بالموت ، وفيما إذا قال : وقفتها فى حياتى وبعد مماتى ، وقد استوى الأمران من حيث أنهما يفيدان الخروج واللزوم بموت الواقف بخلاف الأمر الأول والرابع ، وهما ما إذا حكم به حاكم أو أفرزه مسجدا فإنهما يفيدان الخروج واللزوم فى حياته بلا توقف على موته كما فى الشرنبلالية فاللزوم فيهما حالى وفى الآخرين مآلى (قوله له الرجوع) الظاهر أن هذا على قوله ، أما على قولهما فالظاهر أنه وقف لازم ، لكن ينافيه ما قدمناه فى تعليقه بالموت من أنه لا يكون وقفا فى الصحيح ، بل هو وصية لازمة بعد الموت لا قبله فله الرجوع قبله لما يلزم على جعله وقفا من جواز تعليقه والوقف لا يقبل التعليق تأمل : نعم لا تعليق فى المسألة الثانية فاللزوم فيها ظاهر عندهما (قوله لو غير مسجل) أى محكوم به فأطلق التسجيل ، وهو الكتابة فى السجل وأراد ملزومه وهو الحكم لأنه فى العرف إذا حكم بشئ كتب فى السجل ط (قوله منظور فيه) لأن فى هذين الأمرين له الرجوع بلا اشتراط فقر ولا فسخ قاض على قول الإمام كما علمته ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك قبيل الفصل عند قول المصنف : أطلق القاضى بيع الوقف غير المسجل لوارث الواقف فباع صح ولو لغيره لا :

(ولا يتم) الوقف (حتى يقبض) لم يقل للمتولى لأن تسليم كل شئ بما يليق به ففى المسجد بالإفراز وفى غيره بنصب المتولى وبتسليمه إياه ابن كمال (ويفرز) فلا يجوز وقف مشاع يقسم خلافا للثانى (ويجعل آخره لجهة قربة (لاتنقطع) هذا بيان شرائطه الخاصة على قول محمد ،

مطلب شروط الوقف على قولهما

(قوله ولايتم الوقف الخ) شروع فى شروطه على القول بلزومه كما أشار إليه الشارح بعد (قوله لأن تسليم الخ) وليشمل تسليمه إلى الموقوف عليهم كما فى العزمية عن الخانية (قوله ففى المسجد بالإفراز) أى والصلاة فيه وسيأتى وفى المقبرة بدفن واحد فصاعدا بإذنه وفى السقاية بشرب واحد ، وفى الخان بنزول واحد من المارة ، لكن السقاية التى تحتاج إلى صب الماء فيها ، والخان الذى ينزله الحاج بمكة والغزاة بالثغر لابد فيهما من التسليم إلى المتولى ، لأن نزولهم يكون فى السنة مرة ، فيحتاج إلى من يقوم بمصالحه وإلى من يصب الماء فيها إسعاف (قوله وفى غيره) أى غير المسجد ونحوه مما ذكرناه . وفى القهستانى : أن التسليم ليس بشرط إذا جعل الواقف نفسه قيما ، ولا يعتبر التسليم للمشرف ، لأنه حافظ لاغير اه لكن فيه أن من شرط التسليم وهو محمد لم يصحح تولية الواقف نفسه ومن صححها وهو أبو يوسف لم يشترطه تأمل (١) (قوله ويفرز) أى بالقسمة وهذا الشرط وإن كان مفرعا على اشتراط القبض ، لأن القسمة من تمامه إلا أنه نص عليه إيضاحا وأبو يوسف لما لم يشترط التسليم أجاز وقف المشاع ، والخلاف فيما يقبل القسمة ، أما ما لايقبلها كالحمام والبئر والرحى فيجوز اتفاقا إلا فى المسجد والمقبرة لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى نهر وفتح (قوله فلا يجوز وقف مشاع يقسم الخ) شمل مالو استحق جزء من الأرض شائع فيبطل فى الباقى ، لأن الشيوع مقارن كما فى الهبة بخلاف مالو رجع الوارث فى الثلثين بعد موت الواقف فى مرضه وفى المال ضيق ، لأنه شيوع طارئ ، ولو استحق جزء معين لم يبطل فى الباقى لعدم الشيوع بحر عن الهداية ، ولو بينهما أرض وقفاها ودفعاها معا إلى قيم واحد جاز اتفاقا لأن المانع من الجواز عند محمد هو الشيوع وقت القبض لاوقت العقد ، ولم يوجد ههنا لوجودهما معا منهما ، وكذا لو وقف كل منهما نصيبه على جهة وسلماه معا لقيم واحد لعدم الشيوع وقت القبض ، وكذا لو اختلفا فى وقفهما جهة وقيما واتحد زمان تسليمهما مالهما أو قال كل منهما لقيمه اقبض نصيبى مع نصيب صاحبى لأنهما صارا كمتول واحد ، بخلاف مالو وقف كل واحد وحده وسلم لقيمه وحده ، فلا يصح عند محمد لوجود الشيوع وقت العقد وتمكنه وقت القبض إسعاف وفيه أيضا وقفت دارها على بناتها الثلاث ثم على الفقراء ولامال لها غيرها ولا وارث غيرهن فالثلث وقف والثلثان ميراث لهن وهذا عند أبى يوسف خلافا لمحمد اه أى لأنه مشاع (٢) حيث لم تقسمه بينهن .

مطلب فى الكلام على اشتراط التأبيد

(قوله ويجعل آخره لجهة قربة لاتنقطع) يعنى لابد أن ينص على التأبيد عند محمد خلافا لأبى يوسف اهـ ح ويأتى بيانه وهذا فى غير المسجد إذ لامخالفة لمحمد فى لزومه بل هو موافق للإمام فيه ، وتمامه فى الشرنبلالية (قوله هذا بيان) أى ماذكره المصنف تبعا للكنز وغيره من قوله ولا يتم حتى يقبض وأشار إلى مافى النهر حيث قال فإن

---

(١) (قوله وهو أبو يوسف لم يشترطه تأمل) قال شيخنا : لكن يأتى فى الشارح نقل الإجماع عن الزيلعى على صحة جعل الواقف نفسه قيما ، لكن ناقش الزيلعى العلامة قاسم فى حكاية الإجماع ونقل المحشى انتصار صاحب النهر الزيلعى بأن عن محمد فى هذه المسألة روايتين فحكاية الإجماع صحيحة على إحداهما وعلى هذه الرواية يحمل كلام القهستانى اه .

(٢) (قوله أى لأنه مشاع الخ) فيه أن هذا الشيوع طار ، وهو لايقتضى بطلان الوقف عند محمد فهذا التعليل غير مستقيم .

لأنه كالصدقة ، وجعله أبو يوسف كالإعتاق

قلت : هذا مناف لقوله أولا والملك يزول بالقضاء إذ مفاده أنه لايزول بغيره ولو توفرت هذه الشروط :

قلت : الأولى أن يحمل ماقاله أولا على مسألة إجماعية هي أن الملك بالقضاء يزول ، أما إذا خلا عن القضاء فلا يزول إلا بعد هذه الشروط عند محمد (١) واختاره المصنف تبعا لعامة المشايخ وعليه الفتوى وكثير من المشايخ أخذوا بقول أبي يوسف وقالوا : إن عليه الفتوى ولم يرجح أحد قول الإمام وبهذا التقرير اندفع مافى البحر كيف مشى أولا على قول الإمام وثانيا على قول غيره وهذا ممالا ينبغي يعنى فى المتون الموضوعة للتعليم اه (قوله لأنه كالصدقة) أى فلابد من القبض والإفراز اه ح (قوله وجعله أبو يوسف كالإعتاق) فلذلك لم يشترط القبض والإفراز اه ح :أى فيلزم عنده بمجرد القول كالإعتاق بجامع إسقاط الملك ، قال فى الدرر : والصحيح أن التأبيد شرط اتفاقا لكن ذكره ليس بشرط عند أبي يوسف وعند محمد لابد أن ينص عليه اه وصححه فى الهداية أيضا. وقال فى الإسعاف : لو قال وقفت أرضى هذه على ولد زيد وذكر جماعة بأعيانهم لم يصح عند أبي يوسف أيضا لأن تعيين الموقوف عليه يمنع إرادة غيره بخلاف ما إذا لم يعين لجعله إياه على الفقراء ، ألا ترى أنه فرق بين قوله موقوفة وبين قوله موقوفة على ولدى فصحح الأول دون الثانى ، لأن مطلق قوله موقوفة يصرف إلى الفقراء عرفا ، فإذا ذكر الولد صار مقيدا ، فلا يبقى العرف ، فظهر بهذا أن الخلاف بينهما فى اشتراط ذكر التأبيد وعدمه إنما هو فى التنصيص عليه أو على مايقوم مقامه كالفقراء ونحوهم :

مطلب التأبيد معنى شرطه اتفاقا

وأما التأبيد معنى فشرط اتفاقا على الصحيح وقد نص عليه محققو المشايخ اه :

قلت : ومقتضاه أن المقيد باطل اتفاقا ، لكن ذكر فى البزازية أن عن أبي يوسف فى التأبيد روايتين الأولى : أنه غير شرط حتى لوقال : وقفت على أولادى ، ولم يزد جاز الوقف ، وإذا انقرضوا عاد إلى ملكه لو حيا وإلا فإلى ملك الوارث. والثانية :أنه شرط لكن ذكره غير شرط حتى تصرف الغلة بعد الأولاد إلى الفقراء اه ومقتضاه أنه على الرواية الأولى يصح كل من الوقف والتقييد ، وعلى الثانية يصح الوقف ويبطل التقييد ، لكن ذكر فى البحر أن ظاهر المجتبى والخلاصة أن الروايتين عنه فيما إذا ذكر لفظ الصدقة أما إذا ذكر لفظ الوقف فقط ، لايجوز اتفاقا إذا كان الموقوف عليه معينا اه .

مطلب مهم فرق أبو يوسف بين قوله موقوفة وقوله موقوفة على فلان

قلت : ويشهد له مافى الذخيرة لو قال : أرضى هذه صدقة موقوفة فهى وقف بلاخلاف إذا لم يعين إنسانا فلو عين وذكر مع لفظ الوقف لفظ صدقة بأن قال صدقة موقوفة على فلان جاز ويصرف بعده إلى الفقراء ثم ذكر بعده عن المنتقى أنه يجوز مادام فلان حيا ، وبعده يرجع إلى ملك الواقف أو إلى ورثته بعده اه وفيها أيضا لو عين كوقفتها على فلان لايجوز اه ، فهذا يدل على أن الروايتين عن أبي يوسف فيما إذا ذكر لفظ صدقة مع موقوفة وعين الموقوف عليه ، أما إذا لم يعينه يجوز بلا خلاف ، وإذا أفرد موقوفة وعين لايجوز بلا خلاف ، خلافا لما

(١) قال شيخنا : والظاهر أن علة بطلان هذا الوقف عند محمد عدم التسليم إلى المتولى وقول المحشى حيث لم يقسمه الخ غير ظاهر فليتأمل فيه ، فإنه لم يقل أحد باشتراط القسمة بين الموقوف عليهم اه .

في البزازية حيث جعل الروايتين فيه ، فإنه يقتضى صحة الوقف ، ويخالفه أيضا كلام الإسعاف وقوله فى الهداية : وقيل إن التأبيد شرط الإجماع إلا أن عند أبى يوسف لايشترط ذكره ، لأن لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه ، ولهذا قال فى الكتاب وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكره شرط الخ فقوله لأن لفظ الوقف والصدقة يفيد أن الكلام فى ذكرهما معا لافى ذكر لفظ الوقف فقط ، ويوضحه مافى الخانية لو قال : صدقة موقوفة على فلان صح ويصير تقديره صدقة موقوفة على الفقراء لأن محل الصدقة الفقراء إلا أن غلتها تكون لفلان مادام حيا ، ولو قال موقوفة على فقراء قرابتى أو على ولدى لايصح لأنهم ينقطعون ، فلا يتأبد الوقف وبدون التأبيد لايصح إلا أن يجعل آخره للفقراء فرق أبو يوسف بين قوله : موقوفة وبين قوله موقوفة على ولدى فيصح الأول لا الثانى اهـ أى لأن الثانى ذكر مقيدا بالموقوف عليه المعين ، وذلك ينافى التأبيد حيث لم يصرح به ولا بما فى معناه ، بخلاف ما إذا قال موقوفة فقط لانصرافه إلى الفقراء عرفا فهو مؤبد ، وكذا صدقة موقوفة على فلان فإنه وإن قيد بمعين لكنه مطلق ، لأن الصدقة للفقراء ، فكأنه قال وبعد فلان فعلى الفقراء فيكون مؤبدا ، لكن إذا لم يقيد بمعين فهو مؤبد بلا خلاف فيصح عند محمد أيضا كما مر لعدم منافى التأبيد أصلا ، ولذا قال فى الخانية : لو قال موقوفة ولم يزد لايجوز إلا عند أبى يوسف ويكون وقفا على المساكين ، ولو قال : موقوفة صدقة أو صدقة موقوفة ولم يزد جاز عند أبى يوسف ومحمد وهلال ، وقيل لا مالم يقل وآخرها للمساكين أبدا والصحيح الجواز ، لأن محل الصدقة فى الأصل الفقراء فلا يحتاج إلى ذكرهم ولا انقطاع لهم فلا يحتاج إلى ذكر الأبد أيضا اهـ فهذا صريح فى أن التصريح بالصدقة تصريح بالتأبيد ، فيجوز عندهما بلا خلاف إن لم يعين ، فلو عين لم يجز عند محمد وجاز عند أبى يوسف ثم بعد انقطاعه يعود إلى الفقراء كما صححه فى الهداية ، وعليه المتون كالقدورى والملتقى والنقاية وغيرها أو يعود إلى ملك الواقف أو ورثته . وسيذكر الشارح تصحيحه ، لكن نقل فى الذخيرة أن هذا القول مذكور فى شرح الطحاوى وشرح السرخسى ، وأن بعض المشايخ قالوا إنه خطأ .

قلت : ويؤيده مامر عن الإسعاف من أن التأبيد معنى شرط اتفاقا ، وإذا عاد إلى الملك لم يكن مؤبدا إلا لفظا ومعنى .

والحاصل : أنه لاخلاف عندهما فى صحة الوقف مع عدم تعيين الموقوف عليه إذا ذكر لفظ التأبيد ، وأما فى معناه كالفقراء وكلفظ صدقته موقوفة وكموقوفة لله تعالى وكموقوفة على وجوه البر ، لأنه عبارة عن الصدقة ، وكذا موقوفة على الجهاد أو على أكفان الموتى ، أو حفر القبور كما فى الخانية وغيرها ، وأنه لاخلاف فى بطلانه لو اقتصر على لفظ موقوفة مع التعيين كموقوفة على زيد ، خلافا لما فى البزازية وإنما الخلاف بينهما لو اقتصر بلا تعيين أو جمع مع التعيين كصدقة موقوفة على فلان ، فعند أبى يوسف : يصح ثم يعود إلى الفقراء وهو المعتمد وقيل يعود إلى الملك والمراد بالمعين مايحتمل الانقطاع كأولاد زيد ، أو فقراء قرابة فلان وهم يحصون . وفى الذخيرة عن وقف الخصاف قال : جعلت هذه الأرض صدقة موقوفة على فلان وولده وولد ولده وأولاد أولادهم ، فإذا سمى من ذلك ثلاث بطون فهى وقف مؤبد (١) إلى يوم القيامة . وبقى ما إذا وقف على عمارة مسجد معين فقيل

(١) (قوله فهى وقف مؤبد الخ) فيه أن هذا وقف على مايحتمل الانقطاع فكيف يكون مؤبدا ، لكن قال شيخنا سيأتى أنه لو قال وقفت دارى على أولادى اقتصر على البطن الأول وإذا قال على أولاد أولادى اقتصر على البطن الثانى وإذا ذكر البطن الثالث تناول جميع البطون إلى يوم القيامة فلعل مراده بقوله مؤبد يعنى على أولاده وليس المراد أنه بعد انقراضهم ينتقل مؤبدا على الفقراء وهو كلام حسن .

واختلف الترجيح والأخذ بقول الثانى أحوط وأسهل بحر. وفى الدرر وصدر الشريعة وبه يفتى وأقره المصنف (وإذا وقته) بشهر أو سنة (بطل) اتفاقا درر وعليه فلو وقف على رجل بعينه عاد بعد موته لورثة الواقف به يفتى فتح ؛

قلت : وجزم فى الخانية بصحة الموقوف مطلقا فتنبه وأقره الشرنبلالى (فإذا تم ولزم

يصح عند أبى يوسف لتأبده مسجد إلا عند محمد[1] وقيل يصح اتفاقا وفى البحر عن المحيط أنه المختار فاغتنم تحرير هذا المحل فإنك لاتجده فى غير هذا الكتاب والحمد لله تعالى ملهم الصواب (قوله واختلف الترجيح) مع التصريح فى كل منهما بأن الفتوى عليه لكن فى الفتح أن قول أبى يوسف أوجه عند المحققين (قوله بطل اتفاقا) هذا إذا شرط رجوعه بعد الوقت ، وإلا فهو باطل أيضا عند الخصاف صحيح مؤبد عند هلال كما فى الإسعاف ، وظاهر مافى الخانية اعتماده كما فى البحر ، ووجهه أنه إذا قال : صدقة موقوفة يوما أو شهرا فهو مثل مالو وقفه على معين فينبغى أن يجرى فيه الخلاف المار بين محمد وأبى يوسف ، فيصح عند الثانى ، لأن لفظ صدقة يفيد التأبيد فيلغو التوقيت ، أما إذا شرط رجوعه إليه بعد مضى الوقت ، فقد أبطل التأبيد فيبطل الوقف ، نعم ذكر فى الإسعاف عن هلال أنه لوقال : صدقة موقوفة بعد موتى سنة يصح مؤبدا إلا إذا قال فإذا مضت الساعة فالوقف باطل فهو كما شرط فتصير الغلة للمساكين سنة والأرض ملك لورثته لأنه باشتراط البطلان خرجت من الوقف المضاف اللازم بعد الموت إلى الوصية المحضة (قوله وعليه فلو وقف على رجل) أى مقرونا بلفظ صدقة وإلا لم يجز اتفاقا كما حققناه قريبا ، ثم إن هذا لايصح بناؤه على بطلان الوقف الموقت ، بل هو مبنى على صحته فكان عليه أن يذكره بعد كلام الخانية بل الأولى ذكره قبل قوله وإذا وقته ليكون تفريعا على قول أبى يوسف ، لكنه على إحدى الروايتين عنه وقد علمت أنه خلاف المعتمد لمخالفته لما نص عليه محققو المشايخ ، ولما فى المتون من أنه بعد موت الموقوف عليه يعود للفقراء لأنه لو عاد للملك لم يكن موقتا لا لفظا ولا معنى ، والتأبيد معنى متفق عليه فى الصحيح كما مر فلذا أفاد فى النهر ضعف ماهنا وإن نقل فى الفتح عن الأجناس أنه به يفتى (قوله قلت وجزم فى الخانية الخ) استدراك على قول الدرر بطل اتفاقا ، وعبارة الشرنبلالى أقول : يرد عليه أى على الدرر مافى الخانية رجل وقف داره يوما أو شهرا أو وقتا معلوما ولم يزد على ذلك جاز الوقف ويكون وقفا أبدا اهـ .

قلت : وعلى ماحملنا عليه كلام الدرر لايرد مافى الخانية ، لأن المراد به ماإذا لم يشترط رجوعه إليه بقرينة قوله ولم يزد على ذلك وبه تعلم أنه لامحل لقول الشارح مطلقا ، لأنه ليس فى كلامه مايفسر الإطلاق بل ربما يفيد أنه يجوز وإن شرط رجوعه إليه مع أنه يبطل اتفاقا كما علمت ، وقد قال فى الخانية عقب عبارته المذكورة ، ولو قال : أرضى هذه صدقة موقوفة شهرا فإذا مضى شهر فالوقف باطل كان الوقف باطلا فى قول هلال ، لأن الوقف لايجوز إلا مؤبدا ، فإذا كان التأبيد شرطا لايجوز مؤقتا اهـ وإنما قيد بقوله فى قول هلال ، لأنه على قول الخصاف باطل مطلقا كما علمت آنفا ، وقيد الصيغة بقوله صدقة موقوفة لأنه بدون لفظ صدقة أوما يقوم مقامها لايصح كما مر ، وبه يظهر أن قوله وقف داره يوما ليس صيغة الوقف بل حكاية عنه صيغته قول الواقف أرضى صدقة موقوفة ونحوه (قوله فإذا تم ولزم) لزومه على قول الإمام بأحد الأمور الأربعة المارة عندهما بمجرد القول ، ولكنه عند محمد لايتم إلا بالقبض والإفراز والتأبيد لفظا ، وعند أبى يوسف بالتأبيد فقط ولو معنى كما

---

(١) (قوله إلا عند محمد الخ)أى يعود المسجد إلى ملك الواقف بعد الانهدام وقوله وقيل يصح اتفاقا قال شيخنا هذا هو الصحيح لأن عود المسجد إلى ملك الواقف عند محمد مقيد بعدم وجود ريع يعمر به وقد وجد الريع الموقوف اهـ .

لايملك ولا يملك ولايعار ولا يرهن) فبطل شرط واقف الكتب الرهن شرط كما فى التدبير ، ولو سكنه المشترى أو المرتهن ثم بان أنه وقف أو الصغير لزم أجر المثل قنية

غلم مماسر (قوله لايملك) أى لايكون مملوكا لصاحبه ولايملك أى لايقبل التمليك لغيره بالبيع ونحوه لاستحالة تمليك الخارج عن ملكه ، ولا يعار ، ولا يرهن لاقتضائهما الملك درر ؛ ويستثنى من عدم تمليكه مالو اشترط الواقف استبداله ، وسيأتى الكلام عليه ، وعلى بيع الوقف إذا افتقر الواقف ، لم يكن مسجلا ، ويستثنى من عدم الاعارة مالو كان دارا موقوفة للسكنى ، لأن من له السكنى له الإعارة كما صرح به فى البحر وغيره ، بخلاف الموقوف للاستغلال. قال فى الإسعاف: ومن وقف دوره للاستغلال ليس له أن يسكنها أحد بلا أجر اه وفى شرح الملتقى: وجاز بيع المصحف الخرق وشراء آخر بثمنه (قوله فبطل الخ) لايصح تفريعه على قوله : ولا يرهن لأنه فى رهن الوقف لافى الرهن به ، بل هو تفريع على قوله : ولايملك فافهم ووجهه أن الرهن حبس شىء مالى بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين والأعيان المضمونة بالمثل والقيمة ، حتى لو هلك الرهن صار المرتهن مستوفيا حقه لو مساويا للرهن ، ولايخفى أن الاستيفاء إنما يتأتى فيما يمكن تمليكه والوقف لايمكن تمليكه فلايصح الرهن به ، ولأنه أمانة عند المستعير وهو غير مضمون .

مطلب فى شرط واقف الكتب أن لاتعار إلا برهن

قال فى الأشباه فى القول فى الدين معزيا إلى السبكى. فرع : حدث فى الأعصار القريبة وقف كتب شرط الواقف أن لاتعار إلا برهن أو لاتخرج أصلا والذى أقول فى هذا : أن الرهن لايصح بها لأنها غير مضمونة فى يد الموقوف عليه ، ولا يقال لها عارية أيضا بل الآخذ لها إن كان من أهل الوقف استحق الانتفاع : ويده عليها يد أمانة فشرط أخذ الرهن عليها فاسد ، وإن أعطى كان رهنا فاسدا ، ويكون فى يد خازن الكتب أمانة هذا إن أريد الرهن الشرعى ، وإن أريد مدلوله لغة وأن يكون تذكرة فيصح الشرط ، لأنه غرض صحيح ، وإذا لم يعلم مراد الواقف ، فالأقرب الحمل على اللغوى تصحيحا لكلامه وفى بعض الأوقاف يقول لاتخرج إلا بتذكرة ، فيصح ويكون المقصود أن تجويز الواقف الانتفاع مشروط بذلك ، ولانقول إنها تبقى رهنا بل له أخذها فيطالبه الخازن برد الكتاب ، وعلى كل فلا تثبت له أحكام الرهن ولا بيعه ، ولا بدل الكتاب الموقوف بتلفه إن لم يفرط اه ملخصا قال فى الأشباه بعد نقله : وقول أصحابنا لايصح الرهن بالأمانات شامل للكتب الموقوفة ، والرهن بالأمانات باطل ، فإذا هلك لم يجب شىء بخلاف الرهن الفاسد فإنه مضمون كالصحيح ، وأما وجوب اتباع شرطه وحمله على المعنى اللغوى فغير بعيد اه وسيأتى تمام الكلام على جواز نقل الكتب قبيل قوله : ويبدأ من غلته بعمارته :

مطلب سكن دارا ثم ظهر أنها وقف يلزمه أجرة ماسكن

(قوله لزم أجر المثل) بناء على المفتى به عند المتأخرين من أن منافع العقار تضمن إذا كان وقفا أوليتيم أو معدا للاستغلال كما سيأتى فى الفصل عند قول المصنف يفتى بالضمان الخ وبه أفتى الرملى وغيره ، وجزم به فى الفتح آخر الباب وعلى هذا فما ذكره فى القنية أيضا من أنه لو سكن الدار سنين يدعى الملك ثم استحقت للوقف لاتلزمه أجرة مامضى اه ضعيف ، كما جزم به فى البحر ، لأنه مبنى على قول المتقدمين ، ووجوب الأجرة قول المتأخرين كما نص عليه فى الإسعاف ، أفاده الخير الرملى ولو بنى المشترى أو غرس ، فسيأتى حكمه عند

(ولا يقسم) بل يتهايؤن (إلا عندهما)

مسألة ابن النقار فى سوادة الفصل الآتى (قوله ولايقسم إلا عندهما الخ) أى إذا قضى قاض بجواز وقف المشاع ونفذ قضاؤه وصار متفقا عليه كسائر المختلفات ، فإن طلب بعضهم القسمة فعنده لايقسم ، ويتهايؤن وعندهما يقسم : أى إذا كانت بين الواقف والمالك وأجمعوا أن الكل لوكان موقوفا على الأرباب ، فأرادوا القسمة لايقسم كذا فى المحيط درر ، وهذا معنى قول المصنف إلا عندهما إذا كانت بين الواقف والمالك لا الموقوف عليهم .

مطلب فى التهايؤ فى أرض الوقف بين المستحقين

(قوله بل يتهايؤن) قال فى فتاوى ابن الشلبى القسمة بطريق التهايؤ ، وهو التناوب فى العين الموقوفة كما إذا كان الموقوف أرضا مثلا بين جماعة ، فتراضوا على أن كل واحد منهم ، يأخذ له من الأرض الموقوفة قطعة معينة يزرعها لنفسه هذه السنة ، ثم فى السنة الأخرى يأخذ كل منهم قطعة غيرها ، فذلك سائغ ، ولكنه ليس بلازم ، فلهم إبطاله ، وليس ذلك فى الحقيقة بقسمة إذ القسمة الحقيقية أن يختص ببعض من العين الموقوفة على الدوام اهـ ونحوه فى البحر ، عن الإسعاف ، ومقتضاه : أنه ليس لهم استدامة هذه القسمة ، بل يجب عليهم نقضها ، واستبدال الأماكن بعضها ببعض ، إذ لو استديمت صارت من القسمة الممنوعة بالإجماع ، لتأديها فى طول الزمان إلى دعوى الملكية ، أودعوى كل منهم أو بعضهم أن مافى يده موقوف عليه بعينه ولايخفى مافى ذلك من الضرر ، ثم لايخفى أن ماقيل من أن المهايأة فى الوقف لايمكن إبطالها ، لأنه لايكون إلا بطلب القسمة ، والقسمة فى الوقف متعذرة ، فهو ممنوع ، بل يمكن نقضها وإبطالها بإعادته كما كان أوباستبدال الأماكن كما قلنا ، ولو ثبت عدم إمكان إبطالها لبطل مانقلوه من الإجماع ، على أن الوقف لايقسم أى قسمة مستدامة ، فقد ظهر لك أن هذا كلام ناشئ عن عدم التدبر ، لمخالفته للإجماع فتدبر .

مطلب فيما إذا ضاقت الدار على المستحقين

بقى مالو كان الموقوف دارا شرط الواقف سكناها لأولاده ونسله قال فى الإسعاف : تكون سكناها لهم مابقى منهم أحد ، فلو لم يبق إلا واحد ، وأراد أن يؤجرها أو مافضل عنه منها ليس له ذلك ، وإنما له السكنى فقط ، ولو كثرت أولاد الواقف ، وضاقت الدار عليهم ، ليس لهم أن يؤجروها وإنما تسقط سكناها على عددهم ، ومن مات منهم بطل ما كان له من سكناها ، ويكون لمن بقى منهم ، ولو كانوا ذكورا وإناثا وأراد كل من الرجال والنساء أن يسكنوا معهم نساءهم وأزواجهن معهن ، جاز لهم ذلك إن كانت الدار ذات مقاصير وحجز يغلق على كل واحدة باب ، وإن كانت دارا واحدة لايمكن أن تسقط بينهم لايسكنها إلا من جعل لهم الواقف السكنى دون غيرهم من نساء الرجال ورجال النساء اهـ : أى لأن الواقف قصد صيانتهم ، وسترهم ، فلو سكن زوج امرأة معها ، ولها فى هذه الدار أخوات مثلا كان فيه بذلة لهن بدخول الرجل عليهن ، كما فى الخصاف ، بخلاف ماإذا كان لكل منهم حجرة لها باب يغلق ، فإن لكل أن يسكن بأهله وحشمه وجميع من معه كما فى الخصاف أيضا وقدمنا فى السرقة : أن المقصورة الحجرة بلسان أهل الكوفة ، وإنه ذكر محمد فيما لو أخرج السارق السرقة إلى صحن الدار أنه إن كان فيها مقاصير ، فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع ، قال فى الفتح هناك : أى إذا

فيقسم المشاع وبه أفتى قارئ الهداية وغيره (إذا كانت) القسمة (بين الواقف و) شريكه (المالك) أو الواقف الآخر أو ناظره إن اختلفت جهة وقفهما قارئ الهداية ؛

كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ، ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وإنما ينتفعون به انتفاعهم بالسكنة اهـ وهل المراد هنا بالحجرة ، كذلك الظاهر نعم ، كما يفيده قول الخصاف لكل أن يسكن فى حجرة بأهله وحشمه وجميع من معه :

ثم قد صرح الخصاف بأنه إذا لم يكن فيها حجر ، لاتقسم ، ولايقع فيها مهايأة بينهم وظاهره أنه لو كان فيها حجر لاتكفيهم ، فهي كذلك أى يسكنها المستحقون فقط ، دون نساء الرجال ورجال النساء ، ولذا قال فى الفتح بعد نقله كلام الخصاف ، وعن هذا تعرف أنه لو سكن بعضهم ، فلم يجد الآخر موضعا يكفيه لايستوجب أجرة حصته على الساكنين ، بل إن أحب أن يسكن معه فى بقعة من تلك الدار ، بلا زوجة أوزوج وإلا ترك المتضيق وخرج ، أوجلسوا معا كل فى بقعة إلى جنب الآخر ، ثم ذكر أن الخصاف لم يخالفه أحد فيما ذكر كيف وقد نقلوا إجماعهم على الأصل المذكور أى على قولهم : لو كان الكل وقفا على أربابه وأرادوا القسمة لايجوز التهايؤ اهـ لكن هذا يشكل على قول الشارح بل يتهايؤن والتوفيق كما أفاده الخير الرملي بحمل مافى الخصاف وغيره من عدم جواز القسمة ، والتهايؤ على قسمة التملك جبرا ، ومافى الشرح تبعا للإسعاف وغيره ، على قسمة التراضى بلا لزوم ، ولذا قالوا ولمن أبى منهم بعد ذلك إبطاله :

مطلب فى قسمة الواقف مع شريكه

(قوله فيقسم المشاع) فإذا تقاسم الواقف مع شريكه ، فوقع نصيب الواقف فى موضع لايلزمه أن يقفه ثانيا لأن القسمة تعيين الموقوف ، وإذا أراد الاجتناب عن الخلاف يقف المقسوم ثانيا بحر عن الخلاصة : أى إذا لم يكن محكوما بصحته ، إذ بعد الحكم لم يبق خلاف :

مطلب قاسم وجمع حصة الوقف فى أرض واحدة جاز

وفى البحر عن الظهيرية : ولوكانت له أرضون ودور بينه ، وبين آخر فوقف نصيبه ، ثم أراد أن يقاسم شريكه ، ويجمع الوقف كله فى أرض واحدة ودار واحدة ، فإنه جائز فى قول أبى يوسف وهلال اهـ :

مطلب لو كان فى القسمة فضل دراهم من الوقف صح لا من الشريك

وفى الفتح : ولو كان فى القسمة فضل دراهم بأن كان أحد النصفين أجود ، فجعل بازاء الجودة دراهم ، فإن كان الآخذ للدراهم هو الواقف بأن كان غير الموقوف هو الأحسن ، لايجوز لأنه يصير بائعا بعض الوقف ، وإن كان الآخذ شريكه بأن كان نصيب الوقف أحسن جاز ، لأن الواقف مشتر لابائع ، فكأنه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه اهـ . لكن فى الإسعاف ، وماشتراه ملك له ولايصير وقفا ، ومثله فى الخانية وكذا فى البحر عن الظهيرية تأمل :

مطلب إذا وقف كل نصف على حدة صارا وقفين

(قوله إن اختلفت جهة وقفهما) أى بأن كان كل وقف منهما على جهة غير الجهة الأخرى ، لكن هذا التقييد مخالف لما فى الإسعاف ، حيث قال : ولو وقف نصف أرضه على جهة معينة ، وجعل الولاية عليه لزيد

ولو وقف نصف عقار كله له فالقاضى يقسمه مع الواقف صدر الشريعة وابن الكمال ، وبعد موته لورثته ذلك فيفرز القاضى الوقف من الملك ، ولهم بيعه به أفتى قارئ الهداية ، واعتمده فى المنظومة المحبية (لا الموقوف عليهم) فلا يقسم الوقف بين مستحقيه إجماعا درر وكافى وخلاصة وغيرها لأن حقهم ليس فى العين ، وبه جزم ابن نجيم فى فتاواه ، وفى فتاوى قارئ الهداية هذا هو المذهب ، وبعضهم جوز ذلك ، ولو سكن بعضهم ولم يجد الآخر موضعا يكفيه فليس له أجرة ولا له أن يقول أنا أستعمل بقدر ما استعملته لأن المهايأة إنما تكون بعد الخصومة قنية نعم لو استعمله كله أحدهم بالغلبة بلا إذن الآخر ، لزمه أجر حصة شريكه ، ولو وقفا على سكناهما بخلاف الملك المشترك ولو معدا للإجارة قنية :

قلت : ولو بعضه ملك وبعضه وقف ، ويأتى فى الغصب (ويزول ملكه عن المسجد

فى حياته وبعد مماته ، ثم وقف النصف الآخر على تلك الجهة أوغيرها وجعل الولاية عليه لعمرو فى حياته ، وبعد وفاته يجوز لهما أن يقتسما ويأخذ كل واحد منهما النصف فيكون فى يده لأنه لما وقف كل نصف على حدة صارا وقفين وإن اتحدت الجهة كما لو كانت لشريكين فوقفاها كذلك اهـ (قوله فالقاضى يقسمه مع الواقف) أى بأن يأمر رجلا بأن يقاسمه وله طريق آخر كما فى الفتح ، وهو أن يبيع نصيبه الثانى من رجل ، ثم يقاسم المشترى ، ثم يشترى ذلك منه إن أحب ، وهذا لأن الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما اهـ (قوله به أفتى قارئ الهداية) حيث قال نعم تجوز القسمة ويفرز الوقف من الملك ، ويحكم بصحتها ويجوز للورثة بيع ماصار إليهم بالقسمة ، وإذا قسم بينهم من هو عالم بالقسمة إن شاء عين جهة الوقف وجهة الملك بقوله والأولى أن يقرع بين الجزأين نفيا للتهمة عن نفسه اهـ (قوله فلا يقسم الوقف بين مستحقيه إجماعا) وكذا لا يجوز التهايؤ فيه جبرا كما حررناه آنفا (قوله وبعضهم جوز ذلك) هذا ضعيف لمخالفته الإجماع (قوله لأن المهايأة إنما تكون بعد الخصومة) مفهومه ثبوت المهايأة له بعد الخصومة فى المستقبل ، وقد علمت أنه لا مهايأة فى الوقف . نعم هذا فى الملك كما مر قبيل الوقف نظما (قوله لزمه أجر حصة شريكه) لأنه لما استعمله بالغلبة صار غاصبا ومنافع الوقف مضمونة على المفتى به بخلاف المسألة التى قبل هذه ، لأن الساكن فيها غير غاصب ، كما أفاده فى النهر والخير الرملى خلافا لما توهمه فى البحر (قوله ولو وقفا على سكناهما) أى وإن كان من له السكنى ليس له الإيجار كما قدمناه عن الإسعاف لأن هذا تضمين لا إيجار قصدى (قوله بخلاف الملك المشترك) أى بين بالغين فلو أحدهما يتيما وسكنه الآخر ، لزمه أجر حصة اليتيم (قوله ولو معدا للإجارة) لأنه سكنه بتأويل ملك كما يأتى فى الغصب اهـ ح (قوله ولو بعضه ملك وبعضه وقف) جملة المبتدأ والخبر ، وماعطف عليها خبر كان المقدرة بعد لو واسمها مستتر فيها عائد على المكان المستعمل المحدث عنه ، والولوع بالاعتراض يمنع الاهتداء إلى طريق الصواب فافهم (قوله ويأتى فى الغصب) فى بعض النسخ بدون واو على أنه جواب لو الأخيرة ، لكن نسخ إثباتها أحسن لأن غالب ماذكر هنا من مسائل الغصب ، يأتى فى بابه وإن كانت الأخيرة لم تذكر فيه نصا لكنها معلومة لأنهم نصوا هناك على تضمين منافع الوقف ولم يقيدوه بما إذا لم يكن بعضه ملكا على أنه فى الغصب ، قال : أما فى الوقف إذا سكنه أحدهما بالغلبة بلا إذن لزم الآخر اهـ فقوله : إذا سكنه أحدهما أى أحد الشريكين ، يشمل الشريك فى الملك أوفى الوقف ، واحترز بالغلبة عما إذا لم يجد شريك الوقف موضعا يسكن فيه فخرج باختياره كما مر ، وأما إذا كانت الدار كلها وقفا ، فإن الساكن يلزمه أجرها ، ولو كانت بتأويل ملك كما إذا اشتراها ثم ظهر أنها وقف كما قدمنا (قوله ويزول ملكه عن المسجد الخ) اعلم أن المسجد يخالف سائر الأوقاف فى عدم اشتراط التسليم إلى المتولى

والمصلى) بالفعل و (بقوله جعلته مسجدا) عند الثانى (وشرط محمد) والإمام (الصلاة فيه)

عند محمد وفى منع الشيوع عند أبى يوسف ، وفى خروجه عن ملك الواقف عند الإمام وإن لم يحكم به حاكم كما فى الدرر وغيره (قوله والمصلى) شمل مصلى الجنازة ومصلى العيد قال بعضهم : يكون مسجدا حتى إذا مات لايورث عنه وقال بعضهم : هذا فى مصلى الجنازة ، أما مصلى العيد لايكون مسجدا مطلقا ، وإنما يعطى له حكم المسجد فى صحة الاقتداء بالإمام ، وإن كان منفصلا عن الصفوف وفيما سوى ذلك فليس له حكم المسجد ، وقال بعضهم : يكون مسجدا حال أداء الصلاة لاغير وهو والجبانة ، سواء ويجنب هذا المكان عما يجنب عنه المساجد احتياطا اه خانية وإسعاف والظاهر ترجيح الأول ، لأنه فى الخانية يقدم الأشهر (قوله بالفعل) أى بالصلاة فيه ففى شرح الملتقى إنه يصير مسجدا بلا خلاف ، ثم قال عند قول الملتقى ، وعند أبى يوسف يزول بمجرد القول ولم يرد أنه لايزول بدونه لما عرفت أنه يزول بالفعل أيضا بلا خلاف اه .

مطلب فى أحكام المسجد

قلت : وفى الذخيرة وبالصلاة بجماعة يقع التسليم بلا خلاف ، حتى إنه إذا بنى مسجدا وأذن للناس بالصلاة فيه جماعة فإنه يصير مسجدا اه ويصح أن يراد بالفعل الإفراز ، ويكون بيانا للشرط المتفق عليه عند الكل كما قدمناه من أن المسجد لو كان مشاعا لايصح إجماعا وعليه فقوله عند الثانى مرتبط بقول المتن بقوله : جعلته مسجدا وليست الواو فيه بمعنى أو فافهم ، لكن عنده لابد من إفرازه بطريقة ففى النهر عن القنية جعل وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول والصلاة فيه إن شرط معه الطريق صار مسجدا فى قولهم جميعا وإلا فلا عند أبى حنيفة ، وقالا يصير مسجدا ويصير الطريق من حقه من غير شرط كما لو آجر أرضه ولم يشترط الطريق اه وفى القهستانى ولابد من إفرازه أى تمييزه عن ملكه من جميع الوجوه فلو كان العلو مسجدا والسفل حوانيت أو بالعكس لايزول ملكه لتعلق حق العبد به كما فى الكافى .

[تنبيه] ذكر فى البحر أن مفاد كلام الحاوى اشتراط كون أرض المسجد ملكا للبانى اه لكن ذكر الطرسوسى جوازه على الأرض المستأجرة أخذا من جواز وقف البناء ، كما سنذكره هناك ، وسئل فى الخيرية عمن جعل بيت شعر مسجدا فأفتى بأنه لايصح (قوله وشرط محمد والإمام الصلاة فيه) أى مع الإفراز كما علمته واعلم أن الوقف إنما احتيج فى لزومه إلى القضاء عند الإمام ، لأن لفظه لاينبئ عن الإخراج عن الملك ، بل عن الإبقاء فيه ، لتحصل الغلة على ملكه ، فيتصدق بها بخلاف قوله : جعلته مسجدا ، فإنه لاينبئ عن ذلك ليحتاج إلى القضاء بزواله ، فإذا أذن بالصلاة فيه ، قضى العرف بزواله عن ملكه ، ومقتضى هذا أنه لايحتاج إلى قوله وقفت ونحوه وهو كذلك وأنه لوقال وقفته مسجدا ، ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصل فيه أحد أنه لايصير مسجدا بلا حكم وهو بعيد كذا فى الفتح ملخصا . ولقائل أن يقول : إذا قال جعلته مسجدا فالعرف قاض ، وماض بزواله عن ملكه أيضا غير متوقف على القضاء ، وهذا هو الذى ينبغى أن لايتردد فيه نهر .

قلت يلزم على هذا (١) أن يكتفى فيه بالقول عنده ، وهو خلاف صريح كلامهم تأمل. وفى الدر المنتقى وقدم

---

(١) (قوله قلت يلزم على هذا الخ) فيه أن الإذن بالصلاة قول أيضا على أن قوله جعلته مسجدا صرح من الإذن بالصلاة فيه وفرق شيخنا بين القولين بأن الإذن بالصلاة يقتضى التسليم إلى العامة ويفيد جعله مسجدا أيضا وشرط الإمام الفعل ليس إلا لما فيه من التسليم وقد وجد فى الاذن دون قوله جعلته مسجدا اه .

بجماعة وقيل : يكفي واحد وجعله في الخانية ظاهر الرواية .

[فرع] أراد أهل المحلة نقض المسجد وبناءه أحكم من الأول أن الباني من أهل المحلة لهم ذلك وإلا لا بزازية (وإذا جعل تحته سردابا لمصالحه) أي المسجد (جاز) كمسجد القدس (ولو جعل لغيرها أو) جعل (فوقه بيتا وجعل باب المسجد إلى طريق وعزله عن ملكه لا) يكون مسجدا (وله بيعه ويورث عنه) خلافا لهما

في التنوير والدرر والوقاية وغيرها قول أبي يوسف وعلمت أرجحيته في الوقف والقضاء اه (قوله بجماعة) لأنه لابد من التسليم عندهما خلافا لأبي يوسف ، وتسليم كل شيء بحسبه ، ففي المقبرة بدفن واحد وفي السقاية بشربه وفي الخان بنزوله كما في الإسعاف ، واشتراط الجماعة لأنها المقصودة من المسجد ، ولذا شرط أن تكون جهرا بأذان وإقامة وإلا لم يصر مسجدا قال الزيلعي : وهذه الرواية هي الصحيحة وقال في الفتح : ولو اتحد الإمام والمؤذن وصلى فيه وحده صار مسجدا بالاتفاق لأن الأداء على هذا الوجه كالجماعة ، قال في النهر : وإذ قد عرفت أن الصلاة فيه أقيمت مقام التسليم ، علمت أنه بالتسليم إلى المتولي يكون مسجدا دونها : أي دون الصلاة ، وهذا هو الأصح كما في الزيلعي وغيره وفي الفتح وهو الأوجه لأن بالتسليم إليه يحصل تمام التسليم إليه تعالى ، وكذا لو سلمه إلى القاضي أو نائبه كما في الإسعاف وقيل لا واختاره السرخسي اه (قوله وقيل يكفي واحد) لكن لو صلى الواقف وحده فالصحيح أنه لا يكفي ، لأن الصلاة إنما تشترط لأجل القبض للعامة ، وقبضه لنفسه لا يكفي ، فكذا صلاته فتح وإسعاف (قوله وجعله في الخانية ظاهر الرواية) وعليه المتون كالكنز والملتقى وغيرهما وقد علمت تصحيح الأول وصححه في الخانية أيضا ، وعليه اقتصر في كافي الحاكم فهو ظاهر الرواية أيضا (قوله أن الباني الخ) المتبادر من العبارة(1) أن المراد باني المسجد أولا ، لكن المناسب أن يراد مريد البناء الآن وفي ط عن الهندية : مسجد مبني أراد رجل أن ينقضه ويبنيه أحكم ليس له ذلك ، لأنه لا ولاية له مضمرات إلا أن يخاف أن ينهدم ، إن لم يهدم تتارخانية وتأويله إن لم يكن الباني من أهل تلك المحلة ، وأما أهلها فلهم أن يهدموه ويجددوا بناءه ويفرشوا الحصير ، ويعلقوا القناديل ، لكن من مالهم لا من مال المسجد إلا بأمر القاضي خلاصة ، ويضعوا حيضان الماء للشرب والوضوء إن لم يعرف للمسجد بان فإن عرف فالباني أولى ، وليس لورثته منعهم من نقضه والزيادة فيه ولأهل المحلة تحويل باب المسجد خانية وفي جامع الفتاوى لهم تحويل المسجد إلى مكان آخر إن تركوه بحيث لا يصلى فيه ، ولهم بيع مسجد عتيق لم يعرف بانيه وصرف ثمنه في مسجد آخر اه سائحاني اه .

قلت : وفي الهندية آخر الباب الأول من إحياء الموات نقلا عن الكبرى : أراد أن يحفر بئرا في مسجد من المساجد إذا لم يكن في ذلك ضرر بوجه من الوجوه وفيه نفع من كل وجه ، فله ذلك كذا قال هنا وذكر في باب المسجد قبل كتاب الصلاة لا يحفر ، ويضمن والفتوى على المذكور هنا اه وقد ذكر في البحر جملة وافية من أحكام المسجد فراجعه (قوله وإذا جعل تحته سردابا) جمعه سراديب ، بيت يتخذ تحت الأرض لغرض تبريد الماء وغيره كذا في الفتح وشرط في المصباح أن يكون ضيقا نهر (قوله أو جعل فوقه بيتا الخ) ظاهره أنه لا فرق بين أن يكون البيت للمسجد أولا إلا أنه يؤخذ من التعليل أن محل عدم كونه مسجدا فيما إذا لم يكن وقفا على مصالح المسجد وبه صرح في الإسعاف فقال : وإذا كان السرداب أو العلو لمصالح المسجد أو كانا وقفا عليه صار مسجدا اه شرنبلالية .

---

(1) (قوله المتبادر من العبارة الخ) وجه التبادر أن موضوع المسئلة في أن مريد الهدم والبناء هم أهل المحلة وحيث كان الموضوع ذلك لا يصح التفصيل بقوله فإن كان الباني من أهل تلك المحلة الخ فعلى كل حال لا تخلو العبارة عن محذور اه .

(كما لو جعل وسط داره مسجدا وأذن للصلاة فيه) حيث لا يكون مسجدا إلا إذا شرط الطريق زيلعى .

[فرع] لو بنى فوقه بيتا للإمام لايضر لأنه من المصالح ، أما لو تمت المسجدية ثم أراد البناء منع ولو قال عنيت ذلك لم يصدق تاترخانية ، فإذا كان هذا فى الواقف فكيف بغيره فيجب هدمه ولو على جدار المسجد ، ولايجوز أخذ الأجرة منه ولا أن يجعل شيئا منه مستغلا ولا سكنى بزازية (ولو خرب ما حوله واستغنى عنه يبقى مسجدا عند الإمام والثانى) أبدا إلى قيام الساعة (وبه يفتى) حاوى القدسى (وعاد إلى الملك) أى ملك البانى أو ورثته (عند محمد)

قال فى البحر : وحاصله أن شرط كونه مسجدا أن يكون سفله وعلوه مسجدا لينقطع حق العبد عنه لقوله تعالى — وأن المساجد لله — بخلاف ما إذا كان(١) السرداب والعلو موقوفا لمصالح المسجد ، فهو كسرداب بيت المقدس هذا هو ظاهر الرواية وهناك روايات ضعيفة مذكورة فى الهداية اهـ (قوله كما لو جعل الخ) ظاهره أنه لا خلاف فيه مع أن فيه خلافهما أيضا كما قدمناه عن القنية ونحوه فى الهداية ، فكان المناسب ذكر قوله خلافا لهما بعد هذه المسألة ليكون راجعا للمسائل الثلاث (قوله وأذن للصلاة) اللام للتعليل لاصلة أذن والأوضح ، وأذن للناس بالصلاة فيه والمراد الإذن مع الصلاة إذا لو لم يصل فيه أحد لايصح فى المسجد الفرز فهنا أولى كما لايخفى (قوله أما لو تمت المسجدية) أى بالقول على المفتى به أو بالصلاة فيه على قولهما ط وعبارة التتارخانية ، وإن كان حين بناه خلى بينه وبين الناس ثم جاء بعد ذلك يبنى لايترك اهـ وبه علم أن قوله فى النهر ، وأما لو تمت المسجدية ، ثم أرادهدم ذلك البناء فإنه لايمكن من ذلك الخ فيه نظر ، لأنه ليس فى عبارة التتارخانية ذكر الهدم وإن كان الظاهر أن الحكم كذلك (قوله فإذا كان هذا فى الواقف الخ) من كلام البحر والإشارة إلى المنع من البناء (قوله ولو على جدار المسجد) مع أنه لم يأخذ من هواء المسجد شيئا اهـ ط ونقل فى البحر قبله ولا يوضع الجذع على جدار المسجد وإن كان من أوقافه اهـ .

قلت : وبه علم حكم مايصنعه بعض جيران المسجد من وضع جذوع على جداره فإنه لايحل ولو دفع الأجرة (قوله ولاأن يجعل الخ) هذا ابتداء عبارة البزازية ، والمراد بالمستغل أن يؤجر منه شىء لأجل عمارته وبالسكنى محلها وعبارة البزازية على مافى البحر ، ولا مسكنا وقد رد فى الفتح مابحثه فى الخلاصة من أنه لو احتاج المسجد إلى نفقة تؤجر قطعة منه بقدر ماينفق عليه ، بأنه غير صحيح .

قلت : وبهذا علم أيضا حرمة إحداث الخلوات فى المساجد كالتى فى رواق المسجد الأموى ، ولاسيما مايترتب على ذلك من تقذير المسجد بسبب الطبخ والغسل ونحوه ورأيت تأليفا مستقلا فى المنع من ذلك .

مطلب فيما لو خرب المسجد أو غيره

(قوله ولو خرب ماحوله) أى ولو مع بقائه عامرا وكذا لو خرب وليس له مايعمر به وقد استغنى الناس عنه لبناء مسجد آخر (قوله عند الإمام والثانى) فلايعود ميراثا ولايجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر ، سواء كانوا يصلون فيه أولا وهو الفتوى حاوى القدسى ، وأكثر المشايخ عليه مجتبى وهو الأوجه فتح اهـ بحر قال فى الإسعاف وذكر بعضهم أن قول أبى حنيفة كقول أبى يوسف وبعضهم ذكره كقول محمد (قوله وعاد إلى الملك عند محمد)

---

(١) (قوله بخلاف ماإذا كان الخ) هذه العبارة توهم أنه لايكون مسجدا إذا كان العلو والسفل موقوفا وهو خلاف ماصرح به فى الاسعاف ، ولعل فى العبارة كلاما سقط من قلم الناسخ ترتب عليه قوله بخلاف الخ اهـ .

وعن الثانى ينقل إلى مسجد آخر بإذن القاضى (ومثله) فى الخلاف المذكور (حشيش المسجد وحصره مع الاستغناء عنهما و) كذا (الرباط والبئر إذا لم ينتفع بهما فيصرف وقف المسجد والرباط والبئر) والحوض (إلى أقرب مسجد أو رباط أو بئر) أو حوض (إليه) تفريع على قولهما درر وفيها : وقف ضيعة على الفقراء وسلمها للمتولى ثم قال لوصيه : أعط من غلتها فلانا كذا وفلانا كذا لم يصح لخروجه عن ملكه بالتسجيل

ذكر فى الفتح مامعناه أنه يتفرع على الخلاف المذكور ماإذا انهدم الوقف، وليس له من الغلة مايعمر به ، فيرجع إلى البانى أو ورثته عند محمد خلافا لأبى يوسف لكن عند محمد إنما يعود إلى ملكه ماخرج عن الانتفاع المقصود للواقف بالكلية ، كحانوت احترق، ولا يستأجر بشيء ورباط وحوض محلة خرب ، وليس له مايعمر به وأما ماكان معدا للغلة فلا يعود إلى الملك إلا نقضه وتبقى ساحته وقفا تؤجر ولو بشيء قليل بخلاف الرباط ونحوه، فإنه موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه ، أما دار الغلة فإنها قد تخرب وتصير كوما وهى بحيث لو نقل نقضها يستأجر أرضها من يبنى أو يغرس ولوبقليل فيغفل عن ذلك وتباع لواقفها مع أنه لايرجع إليه منها إلاالنقض واستند فى ذلك للخانية وغيرها وظاهر كلامه اعتماده (قوله وعن الثانى الخ) جزم به فى الاسعاف حيث قال : ولو خرب المسجد ، وماحوله وتفرق الناس عنه لايعود إلى ملك الواقف عند أبى يوسف فيباع نقضه بإذن القاضى ويصرف ثمنه إلى بعض المساجد اه (قوله ومثله حشيش المسجد الخ) أى الحشيش الذى يفرش بدل الحصر ، كما يفعل فى بعض البلاد كبلاد الصعيد كما أخبرنى به بعضهم قال الزيلعى : وعلى هذا حصير المسجد وحشيشه إذا استغنى عنهما يرجع إلى مالكه عند محمد وعند أبى يوسف ينقل إلى مسجد آخر، وعلى هذا الخلاف الرباط والبئر إذا لم ينتفع بهما اه وصرح فى الخانية بأن الفتوى على قول محمد قال فى البحر : وبه علم أن الفتوى على قول محمد فى آلات المسجد وعلى قول أبى يوسف فى تأبيد المسجد اه والمراد بآلات المسجد نحو القنديل والحصير ، بخلاف أنقاضه لما قدمنا عنه قريبا من أن الفتوى على أن المسجد لايعود ميراثا ولايجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر (قوله وكذا الرباط) هو الذى يبنى للفقراء بحر عن المصباح (قوله إلى أقرب مسجد أو رباط الخ) لف ونشر مرتب وظاهره أنه لايجوز صرف وقف مسجد خرب إلى حوض وعكسه وفى شرح الملتقى يصرف وقفها لأقرب مجانس لها اه ط (قوله تفريع على قولهما) أى قوله فيصرف الخ مفرع على قول الإمام وأبى يوسف : أن المسجد إذا خرب يبقى مسجدا أبدا لكن علمت أن المفتى به قول أبى يوسف ، أنه لايجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر كمامر عن الحاوى : نعم هذا التفريع إنما يظهر على ماذكره الشارح من الرواية الثانية عن أبى يوسف ، وقدمنا أنه جزم بها فى الإسعاف وفى الخانية رباط بعيد استغنى عنه المارة وبجنبه رباط آخر قال السيد الامام أبو الشجاع : تصرف غلته إلى الرباط الثانى كالمسجد إذا خرب واستغنى عنه أهل القرية ، فرفع ذلك إلى القاضى فباع الخشب وصرف الثمن إلى مسجد آخر جاز وقال بعضهم يصير ميراثا وكذا حوض العامة إذا خرب اه ونقل فى الذخيرة عن شمس الأئمة الحلوانى أنه سئل عن مسجد أو حوض خرب ، ولايحتاج إليه لتفرق الناس عنه هل للقاضى أن يصرف أوقافه إلى مسجد أو حوض آخر : فقال : نعم ومثله فى البحر عن القنية وللشرنبلالى رسالة فى هذه المسألة اعترض فيها مافى المتن تبعا للدرر بمامر عن الحاوى وغيره ، ثم قال وبذلك تعلم فتوى بعض مشايخ عصرنا بل ومن قبلهم كالشيخ الإمام أمين الدين بن عبدالعال والشيخ الإمام أحمد بن يونس الشلبى والشيخ زين بن نجيم والشيخ محمد الوفائى فمنهم من أفتى بنقل بناء المسجد، ومنهم من أفتى بنقله ونقل ماله إلى مسجد آخر ، وقد مشى الشيخ الإمام محمد بن سراج الدين الحانوتى على القول المفتى به من عدم نقل بناء المسجد ، ولم يوافق المذكورين اه ثم ذكر الشرنبلالى إن هذا فى

فلو قبله صح :

قلت : لكن سيجيء معزيا لفتاوى مؤيد زاده أن للواقف الرجوع فى الشروط ، ولو مسجلا (اتحدالواقف والجهة وقل مرسوم بعض الموقوف عليه) بسبب خراب وقف أحدهما (جاز للحاكم أن يصرف من فاضل الوقف الآخر عليه) لأنهما حينئذ كشيء واحد (وإن اختلف أحدهما بأن بنى رجلان مسجدين أو رجل مسجدا ومدرسة ووقف عليهما أوقافا (لا) يجوز له ذلك

المسجد بخلاف حوض وبئر ورباط ودابة وسيف بثغر وقنديل وبساط وحصير مسجد ، فقد ذكر فى التتارخانية وغيرها جواز نقلها اه :

مطلب فى نقل أنقاض المسجد ونحوه

قلت : لكن الفرق غير ظاهر فليتأمل والذى ينبغى متابعة المشايخ المذكورين فى جواز النقل بلا فرق بين مسجد أو حوض ، كما أفتى به الإمام أبو شجاع والإمام الحلوانى وكفى بهما قدوة ، ولاسيما فى زماننا فإن المسجد أو غيره من رباط أوحوض إذا لم ينقل يأخذ أنقاضه اللصوص والمتغلبون كما هو مشاهد وكذلك أوقافه يأكلها النظار أوغيرهم ، ويلزم من عدم النقل خراب المسجد الآخر المحتاج إلى النقل إليه ، وقد وقعت حادثة سئلت عنها فى أمير أراد أن ينقل بعض أحجار مسجد خراب فى سفح قاسيون بدمشق ليبلط بها صحن الجامع الأموى فأفتيت بعدم الجواز متابعة للشرنبلالى ، ثم بلغنى أن بعض المتغلبين أخذ تلك الأحجار لنفسه ، فندمت على ماأفتيت به ، ثم رأيت الآن فى الذخيرة قال وفى فتاوى النسفى : سئل شيخ الإسلام عن أهل قرية رحلوا وتداعى مسجدها إلى الخراب ، وبعض المتغلبة يستولون على خشبه ، وينقلونه إلى دورهم هل لواحد لأهل المحلة(١) أن يبيع الخشب بأمر القاضى ، ويمسك الثمن ليصرفه إلى بعض المساجد أو إلى هذا المسجد ؟ قال : نعم وحكى أنه وقع مثله فى زمن سيدنا الإمام الأجل فى رباط فى بعض الطرق خرب ، ولا ينتفع المارة به وله أوقاف عامرة فسئل هل يجوز نقلها إلى رباط آخر ينتفع الناس به قال : نعم لأن الواقف غرضه انتفاع المارة ، ويحصل ذلك بالثانى اه (قوله فلو قبله) أى قبل التسجيل الذى هو الحكم لا لمجرد التسليم الذى فى صدر العبارة ، لكن هذا إنما يظهر على قول الإمام بعد لزوم الوقف قبل الحكم ، ولذا لم يذكر التسجيل فى الخانية ، حيث قال : وقف ضيعة فى صحته على الفقراء ، وأخرجها من يده إلى المتولى ثم قال لوصيه عند الموت : أعط من غلتها لفلان كذا ولفلان كذا فجعله لأولئك باطل ، لأنها صارت للفقراء أو فلا يملك إبطال حقهم إلا إذا شرط فى الوقف أن يصرف غلتها إلى من شاء اه والمراد ببطلانه أنه لايكون حقا لازما لفلان فى غلة الوقف فلو كان فلان فقيرا لايلزم إعطاؤه بل له أن يعطى غيره (قوله لكن سيجيء) أى آخرا الفصل الآتى وفيه كلام سيأتى (قوله اتحد الواقف والجهة) بأن وقف وقفين على المسجد أحدهما على العمارة والآخر إلى إمامه أو مؤذنه والإمام والمؤذن لايستقر لقلة المرسوم للحاكم الدين أن يصرف من فاضل وقف المصالح والعمارة إلى الإمام والمؤذن باستصواب أهل الصلاح من أهل المحلة إن كان الوقف متحدا لأن غرضه إحياء وقفه ، وذلك يحصل بما قلنا بحر عن البزازية وظاهره اختصاص ذلك بالقاضى دون الناظر (قوله بسبب خراب وقف أحدهما) أى خراب أماكن أحد الوقفين (قوله بأن بنى رجلان مسجدين) الظاهر أن هذا من اختلافهما معا أما اختلاف الواقف ففيما إذا وقف رجلان وقفين على مسجد (قوله لايجوز له ذلك) أى

---

(١) قوله (هل لواحد لأهل المحلة الخ) هكذا بخطه ولعل الأولى من أهل المحلة تأمل اه مصححه .

(ولو وقف العقار ببقره وأكرته) بفتحتين عبيده الحراثون (صح) استحسانا تبعا للعقار وجاز وقف القن على مصالح الرباط خلاصة

أى الصرف المذكور ، لكن نقل فى البحر بعد هذا عن الولوالجية مسجد له أوقاف مختلفة لابأس للقيم أن يخلط غلتها كلها ، وإن خرب حانوت منها فلا بأس بعمارته من غلة حانوت آخر ، لأن الكل للمسجد ولو كان مختلفا لأن المعنى يجمعهما اه ومثله فى البزازية تأمل .

[تنبيه] قال الخير الرملى : أقول : ومن اختلاف الجهة ماإذا كان الوقف منزلين أحدهما للسكنى والآخر للاستغلال فلا يصرف أحدهما للآخر وهى واقعة الفتوى اه .

مطلب فى وقف المنقول تبعا للعقار

(قوله ولو وقف العقار) هو الأرض مبنية أو غير مبنية فتح وفى القاموس هو الضيعة ، وهو المناسب لقوله ببقره الخ نهر (قوله عبيده الحراثون) الأكرة الحراثون من أكرت الأرض حرثتها واسم الفاعل أكار للمبالغة مصباح ، والمراد أنهم إذا كانوا عبيده صح وقفهم تبعا للأرض وكذا آلات الحراثة كما فى البحر (قوله صح استحسانا الخ) فإنه قد يثبت من الحكم تبعا مالا يثبت مقصودا كالشرب فى البيع والبناء فى الوقف ، وهذا قول أبى يوسف ومحمد معه ، لأنه أجازه إفراد بعض المنقول بالوقف فالتبع أولى . قال فى الإسعاف ويدخل فى وقف الأرض مافيها من الشجر والبناء دون الزرع والثمرة كما فى البيع ، ويدخل أيضا للشرب والطريق كالإجارة ، ولو جعلها مقبرة وفيها أشجار عظام وأبنية لاتدخل ، ولو زاد فى وقف الأرض بحقوقها وجميع مافيها ومنها وعلى الشجرة ثمرة قائمة يوم الوقف قال هلال : لاتدخل قياسا ، وفى الاستحسان يلزمه التصدق بها على وجه النذر لاالوقف وذكر الناطفى إذا قال بحقوقها تدخل فى الوقف ، وهذا أولى خصوصا إذا زاد بجميع مافيها ومنها ولو وقف دارا بجميع مافيها وفيها حمامات يطرن أو بيتا وفيه كورات عسل يدخل الحمام والنحل تبعا للدار والعسل ، كما لو وقف ضيعة وذكر مافيها من العبيد والدواليب وآلات الحراثة اه ملخصا وقوله وذكر مافيها الخ يفيد عدم الدخول بلا ذكره وبه صرح فى الفتح ، وقد اختصر فى البحر عبارة الإسعاف اختصارا مخلا .

مطلب لا يشترط التحديد فى وقف العقار

[تنبيه] لم يذكر المصنف لصحة الوقف اشتراط تحديد العقار لأن الشرط كونه معلوما وقول الفتح : إذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وإن لم تحدد استغناء بشهرتها عن تحديدها اه ظاهره اشتراط التحديد ، ولايخفى مافيه بل ذلك شرط لقبول الشهادة بوقفيتها ، وتمامه فى البحر. وقال فى أنفع الوسائل بعد ماقسم مسألة التحديد إلى سبع صور : وأما الصورة الثالثة أى ما لو لم يحددها أصلا ، وهم لايعرفونها فقال الخصاف فيها الوقف باطل إلا أن تكون مشهورة وقال هلال : الشهادة باطلة ولا شك أن الأول يحتاج إلى تأويل بمعنى أن الشهادة باطلة كما قال هلال وغيره ، ولايجوز العمل بظاهره ، لأن الوقف لايشترط لصحته التحديد فى نفس الأمر ، ولايجوز الحكم بابطاله بمجرد قول الشهود لم يحددها لنا ولا نعرفها ولاهى مشهورة اه ملخصا (قوله وجاز وقف القن على مصالح الرباط) ظاهره جواز وقفه استقلالا ويؤيده أنه ذكره فى الفتح عن الخلاصة فى مسائل وقف المنقول الذى جرى فيه التعامل ، فكان ينبغى للشارح ذكره بعد قول المصنف ، ومنقول فيه تعامل ، لئلا يتوهم

ونفقته وجنايته في مال الوقف ، ولو قتل عمدا لاقود فيه بزازية بل تجب قيمته ليشترى بها بدله (ك) ما صح وقف (مشاع قضى بجوازه) لأنه مجتهد فيه ، فللحنفى المقلد أن يحكم بصحة وقف المشاع وبطلانه

أن المراد أنه وقفه تبعا للرباط كما توهمه فى البحر حيث قال : وأما وقف العبيد تبعا للمدرسة والرباط فسيأتى أنه جوزه بعض المشايخ اه مع أنه فيما سيأتى إنما ذكر مافى الفتح عن الخلاصة (قوله ونفقته) أى وإن لم يشرطها الواقف وفي الإسعاف لو شرطها من الغلة ثم مرض بعضهم استحقها إن شرط إجراءها عليهم مادامو أحياء ، وإن قال لعملهم لايجرى شيء على من تعطل عن العمل ، ولو باع العاجز واشترى بثمنه عبدا مكانه جاز اه وقال فى موضع آخر : وكذلك الدواليب والآلات يبيعها ويشترى بثمنها ماهو أصلح للوقف (قوله وجنايته فى مال الوقف) وعلى المتولى ماهو الأصلح من الدفع أوالفداء ولو فداه بأكثر من أرش الجناية كان متطوعا فى الزائد فيضمنه من ماله وإن فداه أهل الوقف كانوا متطوعين ويبقى العبد على ما كان عليه من العمل إسعاف (قوله لاقود فيه) كأن وجهه أن فى القود ضرر الوقف بفوات البدل اه ح والظاهر أن محل ماذكر فيما إذا رضى القاتل بدفع البدل أما إذا لم يرض إلا بتسليم نفسه للقصاص ، فإنه لايجبر لأن القصاص عندنا هو الأصل ط (قوله بل تجب قيمته) كما لو قتل خطأ ويشترى به المتولى عبدا ويصير وقفا كما لو قتل المدبر خطأ وأخذ مولاه قيمته فإنه يشترى بها عبدا ويصير مدبرا ، وقد صرح به فى الذخيرة عن الخصاف بحر .

مطلب فى وقف المشاع المقضى به

(قوله كما صح وقف مشاع قضى بجوازه) ويصير بالقضاء متفقا عليه والخلاف فى وقف المشاع مبنى على اشتراط التسليم وعدمه لأن القسمة من تمامه ، فأبو يوسف أجازه لأنه لم يشترط التسليم ، ومحمد لم يجزه لاشتراطه التسليم كما مر عند قوله ويفرز ، وقدمنا أن محل الخلاف فيما يقبل القسمة بخلاف مالا يقبلها فيجوز اتفاقا إلافى المسجد والمقبرة وقدمنا بعض فروع ذلك (قوله لأنه مجتهد فيه) أى يسوغ فيه الاجتهاد لعدم مخالفته لنص أو إجماع .

مطلب مهم

إذا حكم الحنفى بما ذهب إليه أبو يوسف أو محمد لم يكن حاكما بخلاف مذهبه

(قوله فللحنفى المقلد الخ) أفاد أن المراد بقوله قضى بجوازه مايشمل قضاء الحنفى وإنما خصه بالتفريع لئلا يتوهم أن المراد به من مذهب آخر لأن إمام مذهبنا غير قائل به ، لكن لما كان قول أصحابه غير خارج عن مذهبه صح حكم مقلده به ولذا قال فى الدرر من كتاب القضاء عند الكلام على قضاء القاضى ، بخلاف مذهبه أن المراد به خلاف أصل المذهب كالحنفى إذا حكم على مذهب الشافعى ، وأما إذا حكم الحنفى بما ذهب إليه أبو يوسف أومحمد أونحوهما من أصحاب الإمام فليس حكما بخلاف رأيه اه . فقد أفاد أن أقوال أصحاب الإمام غير خارجة عن مذهبه ، فقد نقلوا عنهم أنهم ماقالوا قولا إلا هو مروى عن الإمام كما أوضحت ذلك فى شرح منظومتى فى رسم المفتى .

مطلب مهم فى إشكال وقف المنقول على النفس

وبهذا يرتفع الإشكال المشهور الذى ذكره الإمام الطرسوسى فى أنفع الوسائل والعلامة ابن الشلبى فى فتاواه وهو أن وقف الإنسان على نفسه أجازه أبو يوسف ، ومنعه محمد كما سيأتى ووقف المنقول كالبناء بدون أرض

لاختلاف الترجيح وإذاكان فى المسألة قولان مصححان جاز الإفتاء والقضاء بأحدهما بحر ومصنف (و) كما صح أيضا وقف كل (منقول) قصدا (فيه تعامل) للناس (كفأس وقدوم) بل (ودراهم ودنانير) :

والكتب والمصحف منعه أبو يوسف وأجازه محمد فوقف المنقول على النفس لايقول به واحد منهما ، فيكون الحكم به ملفقا من قولين، والحكم الملفق باطل بالإجماع كما مر أول الكتاب، وبه يندفع ما أجاب به الطرطوسى من أنه فى منية المفتى أفاد جواز الحكم الملفق ، وتمام ذلك مبسوط فى كتابنا تنقيح الحامدية فى الباب الأول من الوقف (قوله لاختلاف الترجيح) فإن كلا من قول أبى يوسف وقول محمد صحح بلفظ الفتوى كما مر :

مطلب فيما إذا كان فى المسألة قولان مصححان

(قوله قولان مصححان) أى وقد تساويا فى لفظى التصحيح وإلا فالأولى الأخذ بما هو آكد فى التصحيح كما لو كان أحدهما بلفظ الصحيح والآخر بلفظ عليه الفتوى ، فإن الثانى أقوى وكذا لو كان أحدهما فى المتون أوكان ظاهر الرواية أوكان عليه الأكثر أوكان هو الأرفق فإنه إذا صحح هو ومقابله كان الأخذ به أولى كما قدمناه فى أول الكتاب (قوله بأحدهما) أى بأى واحد منهما أراد لكن إذا قضى بأحدهما فى حادثة ليس له القضاء فيها بالقول الآخر نعم يقضى به فى حادثة غيرها وكذا المفتى وينبغى أن يكون مطمح نظره إلى ماهو الأرفق والأصلح وهذا معنى قولهم إن المفتى يفتى بما يقع عنده من المصلحة أى المصلحة الدينية لامصلحته الدنيوية :

مطلب فى وقف المنقول قصدا

(قوله كل منقول قصدا) أما تبعا للعقار فهو جائز بلا خلاف عندهما كما مر لاخلاف فى صحة وقف السلاح والكراع أى الخيل للآثار المشهورة والخلاف فيما سوى ذلك فعند أبى يوسف لايجوز وعند محمد يجوز مافيه تعامل من المنقولات واختاره أكثر فقهاء الأمصار كما فى الهداية وهو الصحيح كما فى الإسعاف ، وهو قول أكثر المشايخ كما فى الظهيرية ، لأن القياس قد يترك بالتعامل ونقل فى المجتبى عن السير جواز وقف المنقول مطلقا عند محمد وإذا جرى فيه التعامل عند أبى يوسف وتمامه فى البحر والمشهور الأول (قوله وقدوم) بفتح أوله وضم ثانيه مخففا ومثقلا :

مطلب فى وقف الدراهم والدنانير

(قوله بل ودراهم ودنانير) عزاه فى الخلاصة إلى الأنصارى وكان من أصحاب زفر ، وعزاه فى الخانية إلى زفر حيث قال : وعن زفر شرنبلالية وقال المصنف المنح : ولما جرى التعامل فى زماننا فى البلاد الرومية وغيرها فى وقف الدراهم والدنانير دخلت تحت قول محمد المفتى به فى وقف كل منقول فيه تعامل كما لايخفى ؛ فلا يحتاج على هذا إلى تخصيص القول بجواز وقفها بمذهب الإمام زفر من رواية الأنصارى والله تعالى أعلم ، وقد أفتى مولانا صاحب البحر بجواز وقفها ولم يحك خلافا اه مافى المنح قال الرملى : لكن فى إلحاقها بمنقول فيه تعامل نظر إذ هى مما ينتفع بها مع بقاء عينها على ملك الواقف ، وإفتاء صاحب البحر بجواز وقفها بلا حكاية خلاف لايدل على أنه داخل تحت قول محمد المفتى به فى وقف منقول فيه تعامل ، لاحتمال أنه اختار قول زفر وأفتى به وما استدل به فى المنح من مسألة البقرة الآتية ممنوع بما قلنا إذ ينتفع بلبنها وسمنها مع بقاء عينها لكن إذا حكم به حاكم ارتفع الخلاف اه ملخصا :

قلت : بل ورد الأمر للقضاة بالحكم به كما فى معروضات المفتى أبى السعود ومكيل وموزون فيباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة فعلى هذا لو وقف كرا على شرط أن يقرضه لمن لابذر له ليزرعه لنفسه فإذا أدرك أخذ مقداره ثم أقرضه لغيره وهكذا جاز خلاصة ، وفيها : وقف بقرة على أن ماخرج من لبنها أو سمنها للفقراء إن اعتادوا ذلك رجوت أن يجوز (وقدر وجنازة) وثيابها ومصحف وكتب لأن التعامل يترك به القياس لحديث « مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » بخلاف مالا تعامل فيه كثياب ،

قلت : إن الدراهم لاتتعين بالتعيين ، فهى وإن كانت لاينتفع بها مع بقاء عينها لكن بدلها قائم مقامها لعدم تعينها ، فكأنها باقية ولاشك فى كونها من المنقول ، فحيث جرى فيها تعامل دخلت فيما أجازه محمد ولهذا لما مثل محمد بأشياء جرى فيها التعامل فى زمانه قال فى الفتح : إن بعض المشايخ زادوا أشياء من المنقول على ماذكره محمد لما رأوا جريان التعامل فيها ، وذكر منها مسألة البقرة الآتية ومسألة الدراهم والمكيل حيث قال : فى الخلاصة : وقف بقرة على أن مايخرج من لبنها وسمنها يعطى لأبناء السبيل ، قال : إن كان ذلك فى موضع غلب ذلك فى أوقافهم رجوت أن يكون جائزا ، وعن الأنصارى وكان من أصحاب زفر فيمن وقف الدراهم ، أو مايكال أو مايوزن أيجوز ذلك قال : نعم قيل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ، ثم يتصدق بها فى الوجه الذى وقف عليه ومايكال أو يوزن يباع ويدفع ثمنه لمضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف كرا من الحنطة على شرط أن يقرض للفقراء الذين لابذر لهم ليزرعوه لأنفسهم ، ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض ، ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هـذا السبيل ، يجب أن يكون جائزا قال ومثل هـذا كثير فى الرى وناحية دوما وند اه وبهذا ظهر صحة ماذكره المصنف من إلحاقها بالمنقول المتعارف على قول محمد المفتى به وإنما خصوها بالنقل عن زفر ، لأنها لم تكن متعارفة إذ ذاك ، ولأنه هو الذى قال بها ابتداء قال فى النهر : ومقتضى مامر عن محمد عدم جواز ذلك أى وقف الحنطة فى الأقطار المصرية لعدم تعارفه بالكلية : نعم وقف الدراهم والدنانير تعورف فى الديار الرومية اه (قوله ومكيل) معطوف على قول المصنف ودراهم (قوله ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة) وكذا يفعل فى وقف الدراهم والدنانير ، وما خرج من الربح يتصدق به فى جهة الوقف وهذا هو المراد فى قول الفتح عن الخلاصة ، ثم يتصدق بها فهو على تقدير مضاف أى بربحها ، وعبارة الإسعاف ثم يتصدق بالفضل (قوله فعلى هـذا) أى القول بصحة وقف المكيل (قوله وجنازة) بالكسر النعش وثيابها مايغطى به الميت وهو فى النعش ط .

مطلب فى التعامل والعرف

(قوله لأن التعامل يترك به القياس) فإن القياس عدم صحة وقف المنقول لأن من شرط الوقف التأبيد ، والمنقول لايدوم والتعامل كما فى البحر عن التحرير ، هو الأكثر استعمالا وفى شرح البيرى عن المبسوط أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص اه وتمام تحقيق ذلك فى رسالتنا المسماة [نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف] وظاهر مامر فى مسألة البقرة اعتبار العرف الحادث ، فلا يلزم كونه من عهد الصحابة ، وكذا هو ظاهر ماقدمناه آنفا من زيادة بعض المشايخ أشياء جرى التعامل فيها وعلى هذا فالظاهر اعتبار العرف فى الموضع ، أوزمان الذى اشتهر فيه دون غيره فوقف الدراهم متعارف فى بلاد الروم دون بلادنا ، ووقف الفأس والقدوم كان متعارفا فى زمن المتقدمين ولم نسمع به فى زماننا فالظاهر أنه لايصح الآن ولئن وجد نادرا لايعتبر لما علمت من أن التعامل هو الأكثر استعمالا فتأمل (قوله لحديث الخ) رواه أحمد فى كتاب السنة ، ووهم من عزاه للمسند

ومتاع وهذا قول محمد وعليه الفتوى اختيار ، والحق فى البحر السفينة بالمتاع ، وفى البزازية : جاز وقف الأكسية على الفقراء فتدفع إليهم شتاء ثم يردونها بعده . وفى الدرر وقف مصحفا على أهل مسجد للقراءة إن يحصون جاز وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ فيه ، ولا يكون محصورا على هذا المسجد وبه عرف حكم نقل كتب الأوقاف من محالها للانتفاع بها والفقهاء بذلك مبتلون فإن وقفها على مستحق وقفه لم يجز نقلها

من حديث أبى وائل عن ابن مسعود ، وهو موقوف حسن وتمامه فى حاشية الحموى عن المقاصد الحسنة للسخاوى (قوله ومتاع) مايتمتع به فهو عطف عام على خاص ، فيشمل مايستعمل فى البيت من أثاث المنزل كفراش وبساط وحصير لغير مسجد والأوانى والقدور . نعم تعورف وقف الأوانى من النحاس ونص المتقدمون على وقف الأوانى والقدور المحتاج إليها فى غسل الموتى (قوله وهذا) أى جواز وقف المنقول المتعارف (قوله والحق فى البحر السفينة بالمتاع) أى فلا يصح لـكن قال شيخ مشايخنا السائحانى : إنهم تعاملوا وقفها فلا تردد فى صحته اه ، وكأنه حدث بعد صاحب البحر وألحق فى المنح وقف البناء بدون الأرض ، وكذا وقف الأشجار بدونه ، لأنه منقول فيه تعامل وتمامه فى الدر المنتقى . وسيأتى عند قول المصنف بنى على أرض الخ (قوله جاز وقف الأكسية الخ)

قلت : وفى زماننا قد وقف بعض المتولين على المؤذنين الفراء شتاء ليلا فينبغى الجواز سيما على مامر عن الزاهدى فتدبر شرح الملتقى : أى ماذكره الزاهدى فى المجتبى من جواز وقف المنقول مطلقا عند محمد ، ولا يخفى أن هذا فى وقف نفس الأكسية أما لو وقف عقارا وشرط أن يشترى من ريعه أكسية للفقراء أو المؤذنين فلا كلام فيه كما أفاده ط .

مطلب متى ذكر للوقف مصرفا لابد أن يكون فيهم تنصيص على الحاجة

(قوله إن يحصون جاز)هذا الشرط مبنى على ماذكره شمس الأئمة من الضابط وهوأنه إذا ذكرللوقف مصرفا لابد أن يكون فيهم تنصيص على الحاجة حقيقة كالفقراء أو استعمالا بين الناس كاليتامى والزمنى ، لأن الغالب فيهم الفقر ، فيصح للأغنياء والفقراء منهم إن كانوا يحصون ، وإلا فلفقرائهم فقط ، ومتى ذكر مصرفا يستوى فيه الأغنياء والفقراء ، فإن كانوا يحصون صح باعتبار أعيانهم وإلا بطل ، وروى عن محمد أن مالا يحصى عشرة ، وعن أبى يوسف مائة وهو المأخوذ به عند البعض وقيل أربعون وقيل ثمانون والفتوى أنه مفوض إلى رأى الحاكم إسعاف وبحر (قوله وإن وقف على المسجد جاز) ظاهره أنه لايشترط فيه كون أهله ممن يحصون ، لأن الوقف على المسجد لاعلى أهله كما هو المتبادر من المقابلة ، ولعل وجهه أنه يصير كالتنصيص على التأبيد بمنزلة الوقف على عمارة مسجد معين فإنه يصح فى المختار لتأبده مسجدا كما قدمناه عند قوله ويجعل آخره لجهة قربة (قوله ولايكون محصورا على هذا المسجد) هـذا ذكر فى الخلاصة بقوله وفى موضع آخر ولا يكون الخ أى وذكر فى كتاب آخر فهو قول آخر مقابل لقوله : ويقرأ فيه ، فإن ظاهره أنه يكون مقصورا على ذلك المسجد وهذا هو الظاهر حيث كان الواقف عين ذلك المسجد ، فما فعله صاحب الدر حيث نقل العبارة عن الخلاصة ، وأسقط منها قوله وفى موضع آخر غير مناسب لإيهامه أنه من تتمة ماقبله إلا أن يكون قد فهم أن قوله : ويقرأ فيه محمول على الأولوية فيكون مافى موضع آخر غير مخالف له تأمل ، لـكن فى القنية : سبل مصحفا فى مسجد بعينه للقراءة ليس له بعد ذلك أن يدفعه إلى آخر من غير أهل تلك المحلة للقراءة قال فى النهر : وهذا يوافق القول الأول لاماذكر فى موضع آخر اه فهذا يفيد أنهما قولان متغايران خلافا لما فهمه فى الدرر وتبعه الشارح (قوله وبه عرف حكم الخ) الحكم هو مابينه بعد بقوله فإن وقفها الخ ط (قوله لم يجز نقلها) ولاسيما إذا كان الناقل

وإن على طلبة العلم وجعل مقرها فى خزانته التى فى مكان كذا ففى جواز النقل تردد نهر (ويبدأ من غلته بعمارته)

ليس منهم نهر ، ومفاده أنه عين مكانها بأن بنى مدرسة وعين وضع الكتب فيها لانتفاع سكانها .

مطلب فى حكم الوقف على طلبة العلم

(قوله وإن على طلبة العلم الخ) ظاهره صحة الوقف عليهم لأن الغالب فيهم الفقر كما علم من الضابط المار آنفا ، وفى البحر قال شمس الأئمة : فعلى هذا إذا وقف على طلبة العلم فى بلدة كذا يجوز لأن الفقر غالب فيهم ، فكان الاسم منبئا عن الحاجة ثم ذكر الضابط المار .

قلت : ومقتضاه أنهم إذا كانوا لا يحصون يختص بفقرائهم ، فعلى هذا وقف المصحف فى المسجد والكتب فى المدارس لا يحل لغير فقير وهو خلاف المتبادر من عبارة الخلاصة والقنية فى المصحف . وقد يقال إن هذا مما يستوى فى الانتفاع به الغنى والفقير كما سيأتى من أن الوقف على ثلاثة أوجه : منها : ما يستوى فيه الفريقان كرباط وخان ومقابر وسقاية وعلله فى الهداية بأن أهل العرف يريدون فيه التسوية بينهم ، ولأن الحاجة داعية ، وهنا كذلك فإن واقف الكتب يقصد نفع الفريقين ولأنه ليس كل غنى يجد كل كتاب يريده خصوصا وقت الحاجة إليه .

مطلب فى نقل كتب الوقف من محلها

(قوله ففى جواز النقل تردد) الذى تحصل من كلامه أنه إذا وقف كتبا وعين موضعها فإن وقفها على أهل ذلك الموضع ، لم يجز نقلها منه لا لهم ولا لغيرهم ، وظاهره أنه لا يحل لغيرهم الانتفاع بها وإن وقفها على طلبة العلم ، فلكل طالب الانتفاع بها فى محلها وأما نقلها منه ، ففيه تردد ناشئ مما قدمه عن الخلاصة من حكاية القولين ، من أنه لو وقف المصحف على المسجد أى بلا تعيين أهله قيل يقرأ فيه أى يختص بأهله المترددين إليه ، وقيل : لا يختص به أى فيجوز نقله إلى غيره ، وقد علمت تقوية القول الأول بما مر عن القنية وبقى ما لو عمم الواقف بأن وقفه على طلبة العلم لكنه شرط أن لا يخرج من المسجد أو المدرسة كما هو العادة وقدمنا عند قوله ولا يرهن عن الأشباه : أنه لو شرط أن لا يخرج إلا برهن لا يبعد وجوب اتباع شرطه وحمل الرهن على المعنى اللغوى تبعا لما قاله السبكى ، ويؤيده ما قدمناه قبيل قوله والملك يزول عن الفتح من قوله إن شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع وهو مالك ، فله أن يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله أن يخص صنفا من الفقراء ، وكذا سيأتى فى فروع الفصل الأول أن قولهم شرط الواقف كنص الشارع أى فى المفهوم والدلالة ، ووجوب العمل به .

قلت : لكن لا يخفى أن هذا إذا علم أن الواقف نفسه شرط ذلك حقيقة أما مجرد كتابة ذلك على ظهر الكتب كما هو العادة فلا يثبت به الشرط وقد أخبرنى بعض قوّام مدرسة أن واقفها كتب ذلك ليجعل حيلة لمنع إعارة من يخشى منه الضياع والله سبحانه أعلم .

مطلب يبدأ من غلة الوقف بعمارته

(قوله ويبدأ من غلته بعمارته) أى قبل الصرف إلى المستحقين قال القهستانى العمارة بالكسر مصدر أو اسم ما يعمر به المكان ، بأن يصرف إلى الموقوف عليه حتى يبقى على ما كان عليه دون الزيادة إن لم يشترط ذلك ، كما فى الزاهدى وغيره ، فلو كان الوقف شجرا يخاف هلاكه كان له أن يشترى من غلته قصيلا فيغرزه

ثم ماهو أقرب لعمارته كإمام مسجد ومدرس مدرسة يعطون بقدر كفايتهم

لأن الشجر يفسد على امتداد الزمان ، وكذا إذا كانت الأرض سبخة لا ينبت فيها شيء كان له أن يصلحها كما فى المحيط اه .

مطلب دفع المرصد مقدم على الدفع للمستحقين

ومثله فى الخانية وغيرها ودخل فى ذلك دفع المرصد الذى على الدار ، فإنه مقدم على الدفع للمستحقين كما فى فتاوى تلميذ الشارح المرحوم الشيخ إسمعيل وهذه فائدة جليلة قل من تنبه لها ، فإن المرصدين على الوقف لضرورة تعميره فإذا وجد فى الوقف مال ولو فى كل سنة شيء حتى تتخلص رقبة الوقف ويصير يؤجر بأجرة مثله لزم الناظر ذلك ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم .

مطلب كون التعمير من الغلة إن لم يكن الخراب بصنع أحد

وذكر فى البحر أن كون التعمير من غلة الوقف إذا لم يكن الخراب بصنع أحد ، ولذا قال فى الولوالجية رجل آجر دار الوقف فجعل المستأجر رواتها مربطا للدواب وخربها يضمن لأنه فعل بغير إذن اه .

مطلب عمارة الوقف على الصفة التى وقفه

[تنبيه] لو كان الوقف على معين فالعمارة فى ماله كما سيأتى بقدر مايبقى الموقوف على الصفة التى وقفه ، فإن خرب يبنى كذلك ولا تجوز الزيادة بلا رضاه ولو كان على الفقراء فكذلك ، وعند البعض تجوز والأول أصح هداية ملخصا وبه علم أن عمارة الوقف زيادة على مافى زمن الواقف لا تجوز بلا رضا المستحقين وظاهر قوله بقدر مايبقى الخ منع البياض والحمرة(١) على الحيطان من مال الوقف إن لم يكن فعله الواقف وإن فعله فلا منع بحر .

مطلب يبدأ بعد العمارة بما هو أقرب إليها

(قوله ثم ماهو أقرب لعمارته الخ) أى فإن انتهت عمارته وفضل من الغلة شيء يبدأ بما هو أقرب للعمارة وهو عمارته المعنوية التى هى قيام شعائره قال فى الحاوى القدسى : والذى يبدأ به من ارتفاع الوقف أى من غلته عمارته شرط الواقف أولا ثم ماهو أقرب إلى العمارة ، وأعم للمصلحة كالإمام للمسجد ، والمدرس للمدرسة يصرف إليهم إلى قدر كفايتهم ، ثم السراج والبساط كذلك إلى آخر المصالح ، هذا إذا لم يكن معينا فإن كان الوقف معينا على شيء يصرف إليه بعد عمارة البناء اه قال فى البحر والسراج بالكسر : القناديل ومراده مع زيتها والبساط بالكسر أيضا الحصير ، ويلحق بهما معلوم خادمهما وهو الوقاد والفراش فيقدمان وقوله إلى آخر المصالح : أى مصالح المسجد يدخل فيه المؤذن والناظر ، ويدخل تحت الإمام الخطيب لأنه إمام الجامع اه ملخصا ثم لا يخفى أن تعبير الحاوى بثم يفيد تقديم العمارة على الجميع كما هو إطلاق المتون فيصرف إليهم الفاضل عنها خلافا لما يوهمه كلام البحر نعم كلام الفتح الآتى يفيد المشاركة ويأتى بيانه فافهم (قوله بقدر كفايتهم) أى لا بقدر استحقاقهم المشروط لهم والظاهر أن قول الحاوى هذا إذا لم يكن معينا الخ راجع إليه كما فهمه فى شرح الملتقى ، وقال : إن فرض المسألة فيما إذا كان

---

(١) (قوله منع البياض والحمرة الخ) قال شيخنا وقد رأيت تقييد ذلك بما إذا لم يورث البياض والحمرة زيادة فى الأجرة فإن كان كذلك فلا منع ثم قال وهو تقييد حسن ويظهر أن الزيادة فى أماكنه كذلك اه .

ثم السراج والبساط كذلك إلى آخر المصالح وتمامه فى البحر (وإن لم يشترط الوقف) لثبوته اقتضاء وتقطع الجهات للعمارة إن لم يخف ضرر بين فتح، فإن خيف كإمام وخطيب وفراش قدموا

الوقف على جملة المستحقين بلاتعيين قدر لكل فلو به فلا ينبغى جعل الحكم كذلك اه أى بل يصرف إلى كل منهم القدر الذى عينه الواقف، ثم قال فى شرح الملتقى: ويمكن أن يقال لافرق بين التعيين وعدمه، لأن الصرف إلى ماهو قريب من العمارة كالعمارة وهى مقدمة مطلقا، ويقويه تجويزهم مخالفة شرط الواقف فى سبعة مسائل منها: الإمام لو شرط له مالا يكفيه يخالف شرطه اه.

قلت: وهذا مأخوذ من البحر حيث قال: والتسوية بالعمارة تقتضى تقديمهما أى الإمام والمدرس عند شرط الواقف إنه إذا ضاق ريع الوقف قسم الريع عليهم بالحصة وإن هذا الشرط لايعتبر اه.

والحاصل: أن الوجه يقتضى أن ما كان قريبا من العمارة يلحق بها فى التقديم على بقية المستحقين، وإن شرط الواقف قسمة الريع على الجميع بالحصة أوجعل لكل قدرا وكان ماقدره للإمام ونحوه لايكفيه فيعطى قدر الكفاية لئلا يلزم تعطيل المسجد، فيقدم أولا العمارة الضرورية ثم الأهم فالأهم من المصالح والشعائر بقدر مايقوم به الحال، فإن فضل شىء يعطى لبقية المستحقين إذ لاشك أن مراد الواقف انتظام حال مسجده أو مدرسته لا مجرد انتفاع أهل الوقف، وإن لزم تعطيله خلافا لما يوهمه كلام الحاوى المذكور، ولكن يمكن إرجاع الإشارة فى قول الحاوى هذا إذا لم يكن معينا الخ إلى صدر عبارته، يعنى أن الصرف إلى ماهو أقرب إلى العمارة كالإمام ونحوه إنما هو فيما إذا لم يكن الوقف معينا على جماعة معلومين كالمسجد والمدرسة، أما لو كان معينا كالدار الموقوفة على الذرية أو الفقراء فإنه بعد العمارة يصرف الريع إلى ماعينه الواقف بلا تقديم لأحد على أحد فاغتنم هذا التحرير (قوله كذلك) أى بقدر الكفاية لابقدر الشرط، وأما قوله الآتى: فيعطوا المشروط وقوله فلهم أجرة عملهم، فيأتى الكلام فيه (قوله لثبوته اقتضاء) لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء بحر ومثلها ماهو قريب منها كما قررناه آنفا.

مطلب فى قطع الجهات لأجل العمارة

(قوله وتقطع الجهات) أى تمنع من الصرف إليها، وعبارة الفتح وتقطع الجهات الموقوف عليها للعمارة إن لم يخف ضرر بين فإن خيف قدم اه أى إن من يخاف بقطعه ضرر بين كإمام ونحوه يقدم أى على بقية المستحقين ممن ليس فى قطعهم ضرر بين لا على العمارة فافهم، إلا أن يكون المراد العمارة الغير الضرورية، فإن الإمام يقدم عليها ويحتمل أن المراد من قوله: قدم أنه لايقطع بقرينة صدر العبارة، لكن يصير مفاده أن من فى قطعه ضرر بين يساوى العمارة فيصرف أولا إليها وإليه وهو خلاف المفاد من التعبير بثم فى عبارة الحاوى كما مر، فإما أن يراد بثم معنى الواو كما هو مفاد كلام البحر، أو يراد بالعمارة فيما مر الضرورية كرفع سقف أو جدار، فيصرف الريع إليها أولا كما هو مفاد المتون، ثم الفاضل إلى الجهات الضرورية الأهم فالأهم دون غيرها كالشاهد والجابى وخازن الكتب ونحوهم، ويراد بما فى الفتح العمارة الغير الضرورية فتقدم الجهات الضرورية عليها أو تشاركها إذا كان الريع يكفى كلامنهما، ثم لايخفى أنه لو احتيج قطع الكل للعمارة الضرورية قدمت على جميع الجهات، إذ ليس من النظر خراب المسجد لأجل إمام ومؤذن.

فالحاصل: أن الترتيب المستفاد من عبارة الحاوى بالنظر إلى تقديم العمارة الضرورية، على جميع الجهات

فيعطى المشروط لهم

والمشاركة المفادة من عبارة الفتح بالنظر إلى غير الضرورية أو إذا كان فى الريع زيادة على الضرورية ، ثم رأيت فى حاشية الأشباه التصريح بحمل ما فى الحاوى على ما قلنا (قوله فيعطى المشروط لهم) برفع المشروط نائب فاعل يعطى ، وفى بعض النسخ فيعطوا بالجزم بحذف النون عطفا على قدموا ونصب المشروط مفعول ثان ، واعترض بأن ما ذكره تابع فيه النهر وهو خلاف مامر من أنهم يعطون بقدر كفايتهم ، وخلاف مافى البحر من أخذ قدر الأجرة .

قلت : لايخفى عليك أن قول الفتح المار ، وتقطع الجهات الخ معناه أن من يخاف بقطعه ضرر بين لايقطع معلومه المشروط له بل يقدم ويأخذه بخلاف غيره من المستحقين كالناظر والشاد والمباشر ونحو ذلك فإنه يقطع ولا يعطى شيئا أى إلا إذا عمل زمن العمارة ، فله قدر أجرته فقط لا المشروط ، فإنه فى الفتح قال بعد قوله قدم ، وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فإذا قطعوا للعمارة قطع إلا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته وإن لم يعمل لايأخذ شيئا اه ولهذا قال فى النهر : وأفاد فى البحر أن مما يخاف بقطعه الضرر البين الإمام والخطيب ، فيعطيان المشروط لهما أما المباشر والشاد إذا عملا زمن العمارة فإنما يستحقان بقدر أجرة عملهما لا المشروط اه لكن الظاهر أن قوله : وأفاد فى البحر سبق قلم ، وصوابه وأفاد فى الفتح لأن ماذكره هو مفاد كلام الفتح كما علمته ، وأما مافى البحر فإنه خلاف هذا لأنه بعد ماذكر كلام الفتح قال : فظاهره أن من عمل من المستحقين زمن العمارة يأخذ قدر أجرته ، لكن إذا كان مما لايمكن ترك عمله إلا بضرر بين كالإمام والخطيب ، ولا يراعى المعلوم المشروط زمن العمارة ، فعلى هذا إذا عمل المباشر والشاد زمن العمارة يعطيان بقدر أجرة عملهما فقط وأما ماليس فى قطعه ضرر بين فإنه لايعطى شيئا أصلا زمن العمارة اه .

وأنت خبير بأن مانسبه إلى ظاهر الفتح خلاف الظاهر ، فإن ظاهر الفتح أن من لايقطع يعطى المشروط لا الأجر ومن يقطع وهو من ليس فى قطعه ضرر بين لايعطى ، ثم ذكر أن الناظر ممن يقطع وأنه إذا عمل فله قدر أجرته : أى لاماشرطه له الواقف فأفاد أن من يقطع كالناظر لايعطى شيئا إلا إذا عمل وهذا كله كما ترى مخالف لما فهمه فى البحر ، من أن من لايقطع كالإمام له الأجر إذا عمل ، ومن يقطع لايعطى شيئا أصلا أى لا أجرا ولا مشروطا وإن عمل وفيه أيضا أنه جعل للشاد والمباشر أجرة إذا عملا ، ومقتضاه أنهما من الشعائر التى لاتقطع ، وهو خلاف ماصرح به نفسه بعد نحو ثلاث أوراق نعم هو موافق لما بحثه فى الأشباه من أنه ينبغى أن يلحق بهؤلاء يعنى الإمام والمدرس والخطيب والمؤذن والميقاتى والناظر ؛ وكذا الشاد والكاتب والجابى زمن العمارة اه لكن رد فى النهر مافى الأشباه بأنه مخالف لصريح كلامهم كما مر ، بل الناظر وغيره إذا عمل زمن العمارة ، كان له أجر مثله كما جرى عليه فى البحر وهو الحق اه ومراده بما جرى عليه فى البحر ، ما نقله عن الفتح ومراده بقوله : بل الناظر وغيره : أى من ليس فى قطعه ضرر بين ووجه مخالفته للمنقول . أن هؤلاء لهم أجرة عملهم إذا عملوا زمن العمارة فإلحاقهم بالإمام وأخويه يقتضى أن لهم المشروط ، وليس كذلك كما دل عليه كلام الفتح وبه ظهر خلل مافى البحر وصحة ماذكره الشارح تبعا للنهر خلافا لمن نسبهما إلى عدم الفهم فافهم . نعم فى عبارة البحر والنهر خلل من وجه آخر وهو أن كلامهما مبنى على أن المراد بالعمل فى عبارة الفتح عمله فى وظيفته ، وهو بعيد لأنه إذا عمل فى وظيفته ، وأعطى قدر أجرته لم يقطع بل صدق عليه أنه قدم كغيره ممن فى قطعه ضرر كالإمام ، وهذا خلاف مامر من تقديم الأهم فالأهم . وأيضا من لم يعمل عمله المشروط لايعطى شيئا أصلا ولو كان فى قطعه ضرر ، فلا فرق بينه وبين

وأما الناظر والكاتب والجابى ، فإن عملوا زمن العمارة ، فلهم أجرة عملهم لا المشروط بحر . قال فى النهر : وهو الحق خلافا لما فى الأشباه وفيها عن الذخيرة لو صرف الناظر لهم مع الحاجة إلى التعمير ضمن وهل يرجع عليهم الظاهر لا لتعديه بالدفع

غيره فيتعين حمل العمل فى كلام الفتح على العمل فى التعمير وعبارة الفتح صريحة فى ذلك فإنه قال : إلا أن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فيأخذ قدر أجرته اهـ لكن هو مقيد بما إذا عمل بأمر القاضى لما فى جامع الفصولين لو عمل المتولى فى الوقف بأجر جاز ويفتى بعدمه إذ لا يصلح مؤجرا ومستأجرا وصح لو أمره الحاكم أن يعمل فيه اهـ وعليه كما فى القنية : إذا عمل القيم فى عمارة المسجد والوقف كعمل الأجير لا يستحق أجرا محمول على ما إذا كان بلا أمر الحاكم والظاهر أن الناظر غير قيد ، بل كل من عمل فى التعمير من المستحقين له أجرة عمله وإنما نصوا على الناظر ، لأنه لا يصلح مؤجرا ومستأجرا أى مستأجرا لنفسه ، فإذا كان بأمر الحاكم كان الحاكم هو المستأجر له ، بخلاف غيره من المستحقين فإن المستأجر له هو الناظر ، فلا شبهة فى استحقاقه الأجرة كالأجنبى .

وحيث حملنا كلام الفتح على ما قلنا صار حاصله : أن من فى قطعه ضرر بين لا يقطع زمن التعمير أى بل يبقى على ما شرط له الواقف وأما غيره فيقطع ولا يعطى شيئا أصلا وإن عمل فى وظيفته . نعم يعطى لكل أجرة عمله إذا عمل فى العمارة ولو هو الناظر لكن لو بأمر الحاكم وبهذا التقرير سقط ما قدمناه عن النهر فى الرد على الأشباه إذ لا أجرة على العمل فى غير التعمير ، ثم الظاهر أن المراد بالمشروط ما يكفيه لأن المشروط له من الواقف لو كان دون كفايته وكان لا يقوم بعمله إلا بها يزاد عليه ويؤيده ما سيأتى فى فروع الفصل الأول أن للقاضى الزيادة على معلوم الإمام إذا كان لا يكفيه ، وكذا الخطيب .

قلت : بل الظاهر أن كل من فى قطعه ضرر بين فهو كذلك لأنه فى حكم العمارة ، فهو مثل ما لو زادت أجرة الأجير فى التعمير ، وأما لو كان المشروط له أكثر من قدر الكفاية فلا يعطى إلا الكفاية فى زمن التعمير لأنه لا ضرورة إلى دفع الزائد المؤدى إلى قطع غيره فيصرف الزائد إلى من يليه من المستحقين ، وعلى هذا يحصل التوفيق بين ما مر عن الحاوى من أنهم يعطون بقدر كفايتهم ، وبين ما استفيد من الفتح من أنهم يعطون المشروط .

والحاصل مما تقرر وتحرر أنه يبدأ بالتعمير الضرورى حتى لو استغرق جميع الغلة صرفت كلها إليه ولا يعطى أحد ولو إماما أو مؤذنا فإن فضل عن التعمير شىء يعطى ما كان أقرب إليه مما فى قطعه ضرر بين وكذا لو كان التعمير غير ضرورى بأن كان لا يؤدى تركه إلى خراب العين ، لو أخر إلى غلة السنة القابلة فيقدم الأهم فالأهم ثم من لا يقطع يعطى المشروط له إذا كان قدر كفايته وإلا يزاد أو ينقص ، ومن لم يكن فى قطعه ضرر بين قدمت العمارة عليه وإن أمكن تأخيرها إلى غلة العام القابل كما هو مقتضى إطلاق المتون ولا يعطى شيئا أصلا وإن باشر وظيفته ما دام الوقف محتاجا إلى التعمير وكل من عمل من المستحقين فى العمارة فله أجرة عمله لا المشروط ولا قدر الكفاية فهذا غاية ما ظهر لى فى تحرير هذا المقام الذى زلت فيه أقدام الأفهام (قوله وأما الناظر والكاتب الخ) قد علمت ما فى هذا الكلام وما ادعاه فى النهر أنه الحق مخالفا لما فى الأشباه بما حررناه آنفا (قوله ضمن) هذا إذا كان فى تأخير التعمير خراب عين الوقف ، وإلا فيجوز الصرف للمستحقين ، وتأخير العمارة للغلة الثانية إذا لم يخف ضرر بين ، فإن خيف قدم كما فى الزواهر عن البحر در منتقى (قوله الظاهر لا) قياسا على مودع الابن إذا أنفق على الأبوين

وما قطع للعمارة يسقط رأسا : وفيها لو شرط الواقف تقديم العمارة . ثم الفاضل للفقراء أو للمستحقين لزم الناظر إمساك قدر العمارة كل سنة وإن لم يحتجه الآن لجواز أن يحدث حدث ولا غلة بخلاف ما إذا لم يشترطه فليحفظ الفرق بين الشرط وعدمه ، وفى الوهبانية لو زاد المتولى دانقا على أجر المثل ضمن الكل ، لوقوع الإجارة له وفى شرحها للشرنبلالى عند قوله :

ويدخل فى وقف المصالح قيم   إمام خطيب والمؤذن يعبر

الشعائر التى تقدم شرط أم لم يشرط بعد العمارة هى إمام وخطيب ومدرس ووقاد وفراش ومؤذن وناظر ، وثمن زيت وقناديل وحصر وماء وضوء وكلفة نقله للميضأة فليس مباشر وشاهد ، وشاد ، وجاب ، وخازن كتب من الشعائر ، فتقديمهم فى دفتر المحاسبات ليس بشرعى

بلاإذنه ولا إذن القاضى فإنه يضمن بلا رجوع عليهما لأنه بالضمان تبين أنه دفع مال نفسه وأنه متبرع بحر وفيه نظر بل له الرجوع(١) مادام المدفوع قائما لوهلك لأنه هبة نهر .

أقول : لاوجه لجعله هبة بل هو دفع مال يستحقه غير المدفوع إليه على ظن أنه يستحقه المدفوع إليه فينبغى الرجوع قائما أو مستهلكا كدفع الدين المظنون ، بخلاف مودع الابن فإنه مأمور بالحفظ رملى ملخصا ونحوه فى شرح المقدسى ، ونقل ط نحوه عن البيرى . والحاصـــل : أن الظاهر الرجوع مطلقا لاعدمه مطلقا ولا التفصيل (قوله وماقطع الخ) فى الأشباه إذا حصل تعمير الوقف فى سنة وقطع معلوم المستحقين كله ، أو بعضه فما قطع لايبقى دينا لهم على الوقف إذ لاحق لهم فى الغلة زمن التعمير ، وفائدته لو جاءت الغلة فى السنة الثانية وفاض شيء بعد صرف معلومهم هذه السنة لايعطيهم الفاضل عوضا عما قطع اه (قوله قدر العمارة) أى القدر الذى يغلب على ظنه الحاجة إليه حموى ويصرف الزيادة على ماشرط الواقف أشباه (قوله ولا غلة) أى والحال أنه لاغلة للأرض حين يحدث حدث (قوله فليحفظ الفرق الخ) قال فى الأشباه فيفرق بين اشتراط تقديم العمارة كل سنة والسكوت عنه فإنه مع السكوت تقدم العمارة عند الحاجة إليها ولا يدخر لها عند عدم الحاجة إليها ومع الاشتراط تقدم عند الحاجة ويدخر لها عند عدمها ثم يفرق الباقى لأن الواقف إنما جعل الفاضل عنها للفقراء اه ط (قوله لوزاد المتولى دانقا) صورته استأجر المتولى رجلا فى عمارة المسجد بدرهم ودانق ، وأجرة مثله درهم ضمن جميع الأجرة من ماله لأنه زاد فى الأجر أكثر ممايتغابن فيه الناس ، فيصير مستأجرا لنفسه فإذا نقض الأجر من مال المسجد ، كان ضامنا بحر عن الخانية والدانق سدس الدرهم والمدار على مالا يتغابن فيه أى مالايقبل الناس الغبن فيه إذ مادونه يسير لايمكن الاحتراز عنه (قوله وفى شرحها) خبر مقدم وجملة قوله الشعائر الخ قصد بها لفظها مبتدأ مؤخر (قوله فى وقف المصالح) أى فيما لو وقف على مصالح المسجد (قوله يعبر) من العبور بمعنى الدخول (قوله التى تقدم) أى على بقية المستحقين بعد العمارة الضرورية (قوله إمام وخطيب الخ) ظاهره أن جميع من ذكر يكون فى قطعه ضرر بين وخصه فى النهر بالخطيب فقط بشرط أن يتحد فى البلد كمكة والمدينة ، ولم يوجد من يخطب حسبة بإذن الإمام اه وفيه نظر كما فى الحموى (قوله مباشر) انظر ما المراد به (قوله وشاهد) قيل المراد به كاتب الغيبة المعروف بالنقطجى بعرف أهل الشام (قوله وشاد) هو الملازم للمسجد مثلا لتفقد حاله من تنظيف ونحوه ط ، وقيل : هو المسمى بالدعجى .

---

(١) (قوله بل له الرجوع الخ) مقتضى هذا أن تكون مسألة الوديعة المقاس عليها كذلك مع أن أحدا من الفقهاء لم يفصل فى عدم رجوع المودع بل اتفقت كلمتهم على إطلاق عدم الرجوع والفرق غير ظاهر قاله شيخنا ثم قال ويظهر لى أن مسألة الوديعة من قبيل قضاء الدين عن الأجنبى لأن النفقة دين على الابن المودع وقد يتبرع المودع بالدفع إلى الأبوين وقضاء الدين عن المودع من مال نفسه لملكه بالضمان اه .

ويقع الاشتباه فى بوّاب ومزملاتى قاله فى البحر :
قلت : ولا تردد فى تقديم بوّاب ومزملاتى وخادم مطهرة انتهى :
قلت : إنما يكون المدرس من الشعائر لو مدرس المدرسة كما مر ، أما مدرس الجامع فلا لأنه لايتعطل لغيبته بخلاف المدرسة حيث تقفل أصلا وهل يأخذ أيام البطالة كعيد ورمضان لم أره وينبغى إلحاقه ببطالة القاضى : واختلفوا فيها والأصح أنه يأخذ ، لأنها للاستراحة أشباه من قاعدة العادة محكمة ،

قلت : ويؤيده مافى القاموس الإشادة رفع الصوت بالشئ وتعريف الضالة والإهلال والشيادة الدعاء بالأبل وذلك الطيب بالجلد اه (قوله ومزملاتى) هو الشاوى بعرف أهل الشام در منتقى وقيل : هو فى عرف أهل مصر من ينقل الماء من الصهريج إلى الجرار. وفى القاموس مزملة كمعظمة التى يبرد فيها الماء (قوله قاله فى البحر) أى قال مامر من قوله الشعائر إلى هنا (قوله قلت ولا تردد) رد على قول البحر ويقع الاشتباه الخ (قوله انتهى)أى كلام الشرنبلالى فى شرح الوهبانية (قوله لو مدرس المدرسة) ولايكون مدرسها من الشعائر إلا إذا لازم التدريس على حكم الشرط ، أما مدرسو زماننا فلا أشباه ولو أنكر الناظر ملازمة المدرس فالقول للمدرس بيمينه وكذا لورثته لقيامهم مقامه ، وكذا كل ذى وظيفة وتمامه فى حاشية الرملى عند قول البحر السادسة :

مطلب فيمن لم يدرس لعدم وجود الطلبة

وفى الحموى سئل المصنف عمن لم يدرس لعدم وجود الطلبة ، فهل يستحق المعلوم ؟ أجاب : إن فرغ نفسه للتدريس بأن حضر المدرسة المعينة لتدريسه استحق المعلوم ، لامكان التدريس لغير الطلبة المشروطين قال فى شرح المنظومة : المقصود من المدرس يقوم بغير الطلبة بخلاف الطالب ، فإن المقصود لايقوم بغيره اه وسيأتى قبيل الفروع أنه لو درس فى غيرها لتعذره فيها ينبغى أن يستحق العلوفة ، وفى فتاوى الحانوتى يستحق المعلوم عند قيام المانع من العمل ولم يكن بتقصيره سواء كان ناظرا أو غيره كالجابى :

مطلب فى استحقاق القاضى والمدرس الوظيفة فى يوم البطالة

(قوله وينبغى إلحاقه ببطالة القاضى الخ) قال فى الأشباه وقد اختلفوا فى أخذ القاضى مارتب له فى بيت المال فى يوم بطالته ، فقال فى المحيط : إنه يأخذ لأنه يستريح لليوم الثانى وقيل لا اه ، وفى المنية القاضى يستحق الكفاية من بيت المال فى يوم البطالة فى الأصح ، وفى الوهبانية أنه أظهر فينبغى أن يكون كذلك فى المدرس ، لأن يوم البطالة للاستراحة ، وفى الحقيقة تكون للمطالعة والتحرير عند ذوى الهمة ، ولكن تعارف الفقهاء فى زماننا بطالة طويلة أدت إلى أن صار الغالب البطالة وأيام التدريس قليلة اه ورده البيرى بما فى القنية إن كان الواقف قدر للدرس لكل يوم مبلغا فلم يدرس يوم الجمعة أو الثلاثاء لايحل له أن يأخذ ويصرف أجر هذين اليومين إلى مصارف المدرسة من المرمة وغيرها بخلاف ما إذا لم يقدر لكل يوم مبلغا ، فإنه يحل له الأخذ وإن لم يدرس فيهما للعرف ، بخلاف غيرهما من أيام الأسبوع حيث لايحل له أخذ الأجر عن يوم لم يدرس فيه مطلقا سواء قدر له أجر كل يوم أو لا اه ط

قلت : هذا ظاهر فيما إذا قدر لكل يوم درس فيه مبلغا أما لو قال يعطى المدرس كل يوم كذا فينبغى أن يعطى ليوم البطالة المتعارفة بقرينة ماذكره فى مقابله من البناء على العرف ، فحيث كانت البطالة معروفة فى يوم الثلاثاء والجمعة وفى رمضان والعيدين يحل الأخذ ، وكذا لو بطل فى يوم غير معتاد لتحرير درس إلا إذا نص الواقف على تقييد الدفع باليوم الذى يدرس فيه كما قلنا. وفى الفصل الثامن عشر من التتارخانية قال الفقيه أبو الليث

وسيجىء مالو غاب فليحفظ (ولو) كان الموقوف (دارا فعمارته على من له السكنى) ولو متعددا من ماله لا من الغلة إذ الغرم بالغنم درر (ولم يزد فى الأصح) يعنى إنما تجب العمارة عليه بقدر الصفة التى وقفها الواقف (ولو أبى) من له السكنى (أو عجز) لفقره (عمر الحاكم) أى آجرها الحاكم منه أو من غيره وعمرها (بأجرتها) كعمارة لواقف ولم يزد فى الأصح إلا برضا من له السكنى زيلعى : ولا يجبر الآبى على العمارة ولا تصح إجارة من له السكنى

ومن يأخذ الأجر من طلبة العلم فى يوم لادرس فيه أرجو أن يكون جائزا وفى الحاوى إذا كان مشتغلا بالكتابة والتدريس اهـ (قوله وسيجىء) أى عن نظم الوهبانية بعد قوله مات المؤذن والإمام (قوله على من له السكنى) أى على من يستحقها، ومفاده أنه لو كان بعض المستحقين غير ساكن فيها يلزمه التعمير مع الساكنين ، لأن تركه لحقه لا يسقط حق الوقف فيعمر معهم وإلا تؤجر حصته كما يأتى (قوله من ماله) فإذا رم حيطانها بالآجر ، أو أدخل فيها جذعا ثم مات ولا يمكن نزع ذلك فليس للورثة نزعه ، بل يقال لمن له السكنى بعده اضمن لورثته قيمة البناء ، فإن أبى أوجرت الدار وصرفت الغلة إليهم بقدر قيمة البناء، ثم أعيدت السكنى إلى من له السكنى وليس له أن يرضى بالهدم والقلع ، وإن كان مارم الأول مثل تجصيص الحيطان ، وتطيين السطوح وشبه ذلك لم يرجع الورثة بشىء بحر عن الظهيرية أى لأن ما لا يمكن أخذ عينه ، فهو فى حكم الهالك بخلاف الآجر والجذع ولو بنى الأول ما يمكن رفعه بلا ضرر أمر الورثة برفعه وليس للثانى تملكه بلا رضاهم كما فى الإسعاف. وفى البحر عن القنية لو بنى واحد من الموقوف عليهم بعض الدار وطين البعض وجصص البعض وبسط فيه الآجر فطلب الآخر حصته ليسكن فيها فمنعه حتى يدفع حصة ما أنفق ليس له ذلك والطين والجص صارا تبعا للوقف وله نقض الآجر إن لم يضر .

مطلب فى عمارة من له السكنى

(قوله لا من الغلة) لأن من له السكنى لا يملك الاستغلال بلا خلاف . واختلف فى عكسه والراجح الجواز كما حرره الشرنبلالى فى رسالة ويأتى تمامه قريبا (قوله إذ الغرم بالغنم) أى المضرة بمقابلة المنفعة (قوله بقدر الصفة التى وقفها الواقف) هذا موافق لما قدمناه عن الهداية عند قوله : يبدأ من غلته بعمارته ، والظاهر أن المراد منه منع الزيادة بلا رضاه كما يفيده تمام عبارة الهداية وكذا ما يأتى عن الزيلعى ، فلا ينافى ما فى الإسعاف من أنه يقال له رمها مرمة لا غنى عنها ، وهى ما يمنع من خرابها ولا يلزمه أزيد من ذلك اهـ ، فلا يلزمه إعادة البياض والحمرة ولا إعادة مثل ما خرب فى الحسن والنفاسة هذا ما ظهر لى . (قوله ولو أبى من له السكنى) أى كلهم أو بعضهم فيؤجر حصته الآبى ثم يردها إليه كما فى القهستانى والدر المنتقى والإسعاف (قوله عمر الحاكم) أى أو المتولى قهستانى قال فى البحر : ولو قالوا عمرها المتولى أو القاضى لكان أولى (قوله كعمارة الواقف) أتى به مع علمه مما تقدم للاستثناء ط (قوله ولم يزد فى الأصح) يشير إلى أن فيه خلافا لكن هذا ذكره الزيلعى فى الموقوف على الفقراء وقدمناه أيضا عن الهداية وكلامنا الآن فى الموقوف على معين أى كذرية الواقف ونحوهم ممن عين لهم السكنى وظاهر كلامهم أنه لا خلاف فى عدم الزيادة فيه .

مطلب فيما لو آجر من له السكنى

(قوله ولا تصح إجارة من له السكنى) أى إذا لم يكن متوليا ولو زادت على قدر حاجته ولا مستحق غيره كما قدمناه عند قوله : ولا يقسم وقدمنا هناك ما لو ضاقت على المستحقين ، وكذا لا تصح إجارة من له الغلة كما

بل المتولى أو القاضى (ثم ردها) بعد التعمير (إلى من له السكنى) رعاية للحقين فلا عمارة على من له الاستغلال لأنه لاسكنى له

في البحر وسيأتى فى قول المصنف : والموقوف عليه الغلة لايملك الإجارة. بقى لو آجر ولم تصح ينبغى أن تكون للوقف بحر ، لكن قال الحانوتى إنه غاصب وصرحوا بأن الأجرة للغاصب اه .

قلت : هذا مبنى على مذهب المتقدمين والمفتى به ضمان منافع الوقف كما سيأتى قبيل قوله يفتى بالضمان فى غصب عقار الوقف فإذا كانت الغلة أوالسكنى له وحده ينبغى أن تكون الأجرة له وإلا فللكل تأمل .

مطلب لايملك القاضى التصرف فى الوقف مع وجود ناظر ولو من قبله

(قوله بل المتولى أو القاضى) ظاهره أن للقاضى الإجارة ولو أبى المتولى، إلا أن يكون المراد التوزيع فالقاضى يؤجرها إن لم يكن لها متول أوكان وأبى الأصلح وأما مع حضور المتولى فليس للقاضى ذلك بحر . وفى الأشباه فى قاعدة الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة بعد أن ذكر فروعا وعلى هذا لايملك القاضى التصرف في الوقف مع وجود ناظر ولو من قبله اه. قال الرملى : وسيأتى أن ولاية القاضى متأخرة عن المشروط له ووصيه تنبه اه ومفاده أنه ليس له الإيجار مع حضور المتولى ، وأيده الرملى فى محل آخر واستند له بالقاعدة المارة لكنه نقل بعده عن أوقاف هلال أن القاضى إذا آجر دار الوقف أو وكيله بأمره جاز قال وظاهره إطلاق الجواز مع وجود المتولى ووجهه ظاهر اه لكن فى فتاوى الحانوتى أن تنصيصهم على أن لقاضى محجور عن التصرف فى مال اليتيم عند وصى الميت، أوالقاضى يقتضى بالقياس عليه أنه هنا كذلك فلايؤجر إلا إذا لم يكن متول أوكان وامتنع اه وعليه يحمل كلام هلال .

[تنبيه] لم يذكر الشارحون حكم العمارة من المتولى أوالقاضى ، وفى المحيط أنها لصاحب السكنى لأن الأجرة بدل المنفعة وهى كانت له فكذا بدلها والقيم إنما آجر لأجله اه ومقتضاه أنه لو مات تكون ميراثا كما لو عمرها بنفسه بحر (قوله رعاية للحقين) حق الوقف وحق صاحب السكنى ، لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا بحر (قوله فلا عمارة على من له الاستغلال الخ) مفهوم قول المتن فعمارته على من له السكنى وهذا معلوم أيضا من قوله يبدأ من غلة الوقف بعمارته وعطف عليه قوله ولو دارا الخ .

مطلب من له السكنى لايملك الاستغلال واختلف فى عكسه

(قوله لأنه لاسكنى له) قال فى البحر وظاهر كلام المصنف وغيره أن من له الاستغلال لايملك السكنى ، ومن له السكنى لايملك الاستغلال كما صرح به فى البزازية والفتح أيضا بقوله : وليس للموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكنى بل الاستغلال اه وما فى الظاهرية: من أن العمارة على من يستحق الغلة محمول على أن العمارة فى غلتها ولما كانت غلتها له صار كأن العمارة عليه اه .

قلت : ويؤيده أن الخصاف سوى بين المسألتين، لكنه فرق بينهما فى محل آخر بأن من له الاستغلال له السكنى لأن سكناه كسكنى غيره بخلاف العكس لأنه يوجب فيها حقا لغيره ، ومن له الاستغلال إذا سكن لايوجب حقا لغيره وادعى الشرنبلالى فى رسالة أن الراجح هذا كما قدمته قريبا وتمامه فيما علقته على البحر .

فلو سكن هل تلزمه الأجرة ؟ الظاهر لا لعدم الفائدة إلا إذا احتيج للعمارة ، فيأخذها المتولى ليعمر بها ولو هو المتولى ينبغى أن يجبره القاضى على عمارته مما عليه من الأجرة فإن لم يفعل نصب متوليا ليعمرها ، ولو شرط الواقف غلتها له ومؤنتها عليه صحا ، وهل يجبر على عمارتها ؟ الظاهر : لا نهر وفى الفتح : لو لم يجد القاضى من يستأجرها

مطلب وقف الدار عند الإطلاق يحمل على الاستغلال لا على السكنى

[تنبيه] يفهم من كلام الفتح المذكور أن الواقف إذا أطلق ولم يقيد بكونها للسكنى ، أوللاستغلال أنها تكون للاستغلال ، وفى الفتاوى الخيرية المصرح بها فى كتبنا أن الواقف إذا أطلق الوقف فهو على الاستغلال لاالسكنى قال فى النظم الوهبانى :

ومن وقفت دار عليـــه فما له　　سوى الأجر والسكنى بها لاتتقرر[1]

ثم ذكر عبارة شرحه لابن الشحنة ، وأن المسألة من التجنيس وفتاوى الخاصى ، وذكر فى الخيرية فى محل آخر :

مطلب من له الاستغلال لا يملك السكنى وبالعكس

والحاصل : أن الواقف إذا أطلق أوعين الاستغلال كان للاستغلال ، وإن قيد بالسكنى تقيد بها ، وإن صرح بهما كان لهما جريان على كون شرط الواقف كنص الشارع ، وهذا كما ترى خلاف مارجحه الشرنبلالى وسيذكر الشارح القولين عند قول المصنف والموقوف عليه الغلة لايملك الإجارة (قوله فلو سكن) أى من له الغلة على القول بأنه لاسكنى له (قوله لعدم الفائدة) لأنها إذا أخذت منه دفعت إليه ، حيث لم يكن له شريك فى الغلة كما فى البحر (قوله ولو هو المتولى) أى لو كان الساكن فى دار الغلة هو المتولى (قوله ينبغى الخ) البحث لصاحب النهر (قوله نصب متوليا ليعمرها) الظاهر أنه لاحاجة لنصب متول لما مر من أنه لو أبى من له السكنى ، أو عجز عمر الحاكم إلا أن يراد أنه ينصب متوليا مطلقا لالخصوص التعمير لظهور خيانة الأول بما فعل فليتأمل (قوله ولو شرط الواقف غلتها له) أى للموقوف عليه الدار (قوله صحا) أى الوقف والشرط المذكور ، لكن أصل العبارة فى التتارخانية فالوقف جائز مع هـذا الشرط اه . وهذا يحتمل أن يكون المراد جواز الوقف مقترنا بهذا الشرط ولايلزم منه صحة هـذا الشرط تأمل (قوله الظاهر لا) هذا خلاف ما استظهره فى البحر حيث قال : وظاهره أنه يجبر على عمارتها ، وقياسه أن الموقوف عليه السكنى كذلك اه . واستوضح فى النهر لما استظهره بقول الهداية فيما مر ولايجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله ، فأشبه امتناع صاحب البذر فى المزارعة ولايكون امتناعه منه رضا ببطلان حقه لأنه فى حيز التردد اه قال فى النهر : وأنت خبير بأن هذا باطلاقه يشمل مالو شرط عليه الواقف المرمة ، لأنها حيث كانت عليه كان فى إجباره إتلاف ماله اه . واعترض بأن الجبر فائدة صحة الشرط وإلا فلا ثمرة له :

قلت : علمت أن صحة الشرط غير صريحة فى عبارة التتارخانية وتعليل الهداية شامل للشرط وغيره ، فهو دليل على عدم صحته فافهم ، على أن هذا الشرط لاثمرة له لأن الغلة حيث كانت للموقوف عليه ، فلا فرق بين

---

(١) قوله (لاتتقرر) هكذا بخطه ولعله لاتقرر بتاء واحدة ليصح الوزن وليحرر اه مصححه .

لم أره وخطر لى أنه يخيره بين أن يعمرها أو يردها لورثة الواقف :

قلت : فلو هو الوارث لم أره. وفى فتاوى قارئ الهداية مايفيد استبداله أو ردثمنه للورثة أو للفقراء (وصرف)

تعميره منها أو من غيرها ، فإذا امتنع عن العمارة من ماله يؤجرها المتولى ويعمرها من غلتها لأنها موقوفة للغلة ولو كان هو المتولى وامتنع من عمارتها ينصب غيره ليعمرها أو يعمرها الحاكم كما مر : نعم قد تظهر الثمرة فيما إذا كانت غلتها لاتفى بعمارتها ، فإن قلنا بصحة الشرط لزمه أن يعمرها من ماله وهو بعيد لما علمته من كلام الهداية ولأن كلام الواقف لايصلح ملزما له بتعميرها إذ لا ولاية له على المستحق (قوله لم أره) قال فى الفتح بعد هذا والحال فيها يؤدى إلى أن تصير نقصا على الأرض كرماد تسفوه الرياح اه أى لو تركت بلاعمارة تصير هكذا (قوله أويردها لورثة الواقف) قال فى البحر : وهو عجيب لأنهم صرحوا باستبدال الوقف إذا خرب وصار لاينتفع به وهو شامل للأرض والدار ، قال فى الذخيرة وفى المنتقى قال هشام : سمعت محمدا يقول الوقف إذا صار بحيث لاينتفع به المساكين فللقاضى أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وليس ذلك إلا للقاضى اه. وأما عود الوقف بعد خرابه إلى ملك الواقف أوورثته فقد قدمنا ضعفه :

فالحاصل : أن الموقوف عليه السكنى إذا امتنع من العمارة ولم يوجد مستأجر باعها القاضى واشترى بثمنها مايكون وقفا ، لكن ظاهر كلام المشايخ أن محل الاستبدال عند التعذر إنما هو الأرض لا البيت وقد حققناه فى رسالة الاستبدال اه كلام البحر واعترضه الرملى بأن كلام المنتقى المذكور شامل للأرض والبيت فالفرق بينهما غير صحيح (قوله فلو هو الوارث لم أره) قيل هذا عجيب من الشارح بعد مارأى كلام البحر خصوصا ، وقد أقره فى النهر من أن الحكم هو الاستبدال فقط ، وهو لايختلف بالوارث وغيره وبه ظهر ضعف مافى فتاوى قارئ الهداية اه :

قلت : بل هو عجيب من المعترض بعد قول البحر ، لكن ظاهر كلام المشايخ الخ . نعم يرد عليه ماقاله الرملى وكذا ماقدمنا عن الفتح عند قوله وعاد إلى الملك عند محمد من أن دار الغلة إذ اخربت إنما يعود إلى الملك عنده نقضها دون ساحتها لأن ساحتها يمكن استغلالها ولو بشىء قليل بخلاف غير المعد للغلة كرباط أو حوض خرب فهذا يعود إلى الملك كله عند محمد :

مطلب فى الوقف إذا خرب ولم يمكن عمارته

(قوله وفى فتاوى قارئ الهداية الخ) حيث قال سئل عن وقف انهدم ولم يكن له شئ يعمر منه ،ولا أمكن إجارته ولا تعميره ، هل تباع أنقاضه من حجر وطوب وخشب ؟ أجاب : إذا كان الأمر كذلك صح بيعه بأمر الحاكم ، ويشترى بثمنه وقف مكانه فإذا لم يمكن رده إلى ورثة الواقف إن وجدوا ولا يصرف للفقراء اه :

قلت : الظاهر أن البيع مبنى على قول أبى يوسف والرد إلى الورثة أو إلى الفقراء على قول محمد ، وهو جمع حسن حاصله أنه يعمل بقول أبى يوسف ، حيث أمكن وإلا فبقول محمد تأمل :

[تتمة] قال فى الدر المنتقى فى كلام المصنف إشارة إلى أن الخان لواحتاج إلى المرمة آجر بيتا أو بيتين وأنفق عليه ، وفى رواية يؤذن للناس بالنزول سنة ، ويؤجر سنة أخرى ويرم من أجرته وقال الناطفى القياس فى المسجد أن يجوز إجارة سطحه لمرمته محيط ، وفى البرجندى والظاهر أن حكم عمارة أوقاف المسجد والحوض والبئر وأمثالها حكم الوقف على الفقراء اه :

الحاكم أو المتولى حاوى (نقضه) أو ثمنه إن تعذر إعادة عينه (إلى عمارته إن احتاج وإلا حفظه ليحتاج) إلا إذا خاف ضياعه فيبيعه ويمسك ثمنه ليحتاج حاوى (ولا يقسم) النقض أو ثمنه (بين مستحق الوقف) لأن حقهم فى المنافع لا العين (جعل شىء) أى جعل البانى شيئا (من الطريق مسجدا) لضيقه ولم يضر بالمارين (جاز) لأنهما للمسلمين

(قوله نقضه) بتثليث النون على ماذكره البرجندى أى المنقوض من خشب وحجر وآجر وغيرها شرح الملتقى (قوله إن احتاج) بأن أحضرت المؤن (١) أو كان المنهدم لقلته لايخل بالانتفاع ، فيؤخره للاحتياج وإلا فبالانهدام تتحقق الحاجة ، فلا معنى للشرط حينئذ نبه عليه فى الفتح وأغفله فى البحر نهر (قوله ليحتاج) الأولى للاحتياج كما عبر فى الكنز (قوله فيبيعه) فعلى هذا يباع النقض فى موضعين : عند تعذر عوده وعند خوف هلاكه بحر ، ويزاد مافى الفتح حيث قال : واعلم أن عدم جواز بيعه إلا إذا تعذر الانتفاع به إنما هو فيما إذا ورد عليه وقف الواقف أما إذا اشتراه المتولى من مستغلات الوقف فإنه يجوز بيعه بلا هذا الشرط لأن فى صيرورته وقفا خلافا والمختار أنه لايكون وقفا فللقيم أن يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت اه . وستأتى المسألة فى الفصل الآتى متنا (قوله لا العين) لأنها حق المالك أو حق الله تعالى على الخلاف ومنه يؤخذ عدم جواز قسمة حصر المسجد العتيقة بين المستحقين ، وكذا مابقى من شمع رمضان وزيته للإمام ، والوقادين حموى إلا إذا كان العرف فى ذلك الموضع أن الإمام أو المؤذن يأخذه بلا صريح إذن الدافع ، فله ذلك كما فى البحر عن القنية ط .

قلت : وشجر الوقف ليس له حكم العين لما فى البحر عن الفتح سأل أبو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقى بعضها قال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها (٢) وما بقى متروك على حالها وفى البزازية عن الفضلى إن لم تكن مثمرة يجوز بيعها قبل القلع لأنه غلتها والمثمرة لاتباع إلا بعد القلع كبناء الوقف اه . وفى جامع الفصولين غصب وقفا فنقض فما يؤخذ بنقصه يصرف إلى مرمته لا إلى أهل الوقف لأنه بدل الرقبة وحقهم فى الغلة لا فى الرقبة اه (قوله جعل شىء) بالبناء للمفعول وشىء نائب فاعل والأصل مافسر به الشارح وكان المناسب ذكر هذه المسائل فيما مر من الكلام على المسجد (قوله أى جعل البانى) ظاهره أن أهل المحلة ليس لهم ذكر ذلك وسنذكر ما يخالفه .

مطلب فى جعل شىء من المسجد طريقا

(قوله من الطريق) أطلق فى الطريق فعم (٣) النافذ وغيره وفى عباراتهم مايؤيده ط وتمامه فيه (قوله لضيقه ولم يضر بالمارين) أفاد أن الجواز مقيد بهذين الشرطين ط (قوله جاز) ظاهره أنه يصير له حكم المسجد وقد قال فى جامع الفصولين : المسجد الذى يتخذ من جانب الطريق لايكون له حكم المسجد بل هو طريق بدليل أنه لو رفع حوائطه عاد طريقا كما كان قبله اه شرنبلالية .

قلت : الظاهر أن هذا فى مسجد جعل كله من الطريق ، والكلام فيما أدخل من الطريق فى المسجد ، وهذا

---

(١) (قوله بأن أحضرت المؤن الخ) هذه صورة عدم الاحتياج لاصورة الاحتياج كما صنع المحشى تأمل اه .

(٢) (قوله فسبيله سبيل غلتها الخ) نقل شيخنا عن وقف هلال من باب وقف الدار أو الأرض على معينين أن مايبس من الشجر المثمر حكمه حكم النقض ، ثم قال ويحمل كلام الصفار على شجرة غير مثمرة لأنها تزرع للغلة ابتداء بخلاف المثمرة فإنه يقصد الاستغلال بثمرها فلا مخالفة بين كلامى هلال والصفار اه ويوافق ماهنا مانقله البزازى عن الفضلى .

(٣) (قوله أطلق فى الطريق فعم الخ) لكن التعليل بقوله لأنهما للمسلمين يخص النافذ فإن المراد به لعموم المسلمين وغير النافذ ليس كذلك بل هو لأناس مخصوصين فيكون حكمه حكم الأرض المملوكة بجوار مسجد ضيق ويأتى حكمها اه .

(كعكسه) أى كجواز عكسه وهو ما إذا جعل فى المسجد ممر لتعارف أهل الأمصار فى الجوامع وجاز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر إلا الجنب والحائض والدواب زيلعى (كما جاز جعل) الإمام (الطريق مسجدا لا عكسه)

لا مانع من أخذه حكم المسجد حيث جعل منه كمسجد مكة والمدينة وقد مر قبيل الوتر والنوافل فى بحث أحكام المسجد أن ما ألحق بمسجد المدينة ملحق به فى الفضيلة نعم تحرى الأول أولى اه فافهم (قوله كعكسه) فيه خلاف كما يأتى تحريره وهذا عند الاحتياج كما قيده فى الفتح فافهم (قوله لتعارف أهل الأمصار فى الجوامع) لا نعلم ذلك فى جوامعنا . نعم تعارف الناس المرور فى مسجد له بابان ، وقد قال فى البحر وكذا يكره أن يتخذ المسجد طريقا ، وأن يدخله بلا طهارة اه . نعم يوجد فى أطراف صحن الجوامع رواقات مسقوفة للمشى فيها وقت المطر ونحوه لأجل الصلاة أو للخروج من الجامع لا المرور المارين مطلقا كالطريق العام ، ولعل هذا هو المراد فمن كان له حاجة إلى المرور فى المسجد يمر فى ذلك الموضع فقط ليكون بعيدا عن المصلين ، وليكون أعظم حرمة لمحل الصلاة فتأمل (قوله حتى الكافر) اعترض بأن الكافر لا يمنع من دخول المسجد حتى المسجد الحرام ، فلا وجه لجعله غاية هنا .

قلت : فى البحر عن الحاوى : ولا بأس أن يدخل الكافر وأهل الذمة المسجد الحرام وبيت المقدس وسائر المساجد لمصالح المسجد وغيرها من المهمات اه ومفهومه أن فى دخوله لغير مهمة بأسا وبه يتجه ما هنا فافهم (قوله كما جاز الخ) قال فى الشرنبلالية فيه نوع استدراك بما تقدم ، إلا أن يقال ذاك فى اتخاذ بعض الطريق مسجدا ، وهذا فى اتخاذ جميعها ولا بد من تقييده بما إذا لم يضر كما تقدم ولا شك أن الضرر ظاهر فى اتخاذ جميع الطريق مسجدا لإبطال حق العامة من المرور المعتاد لدوابهم وغيرها فلا يقال به إلا بالتأويل بأن يراد بعض الطريق لا كله فليتأمل اه وأجيب بأن صورته ما إذا كان لمقصد طريقان ، واحتاج العامة إلى مسجد ، فإنه يجوز جعل أحدهم مسجدا وليس فيه إبطال حقهم بالكلية (قوله لا عكسه) يعنى لا يجوز أن يتخذ المسجد طريقا وفيه نوع مدافعة لما تقدم إلا بالنظر للبعض والكل شرنبلالية .

قلت : إن المصنف قد تابع صاحب الدرر مع أنه فى جامع الفصولين نقل أولا جعل شيئا من المسجد طريقا ومن الطريق مسجدا جاز ثم رمز لكتاب آخر ، لو جعل الطريق مسجدا يجوز لا جعل المسجد طريقا لأنه لا تجوز الصلاة فى الطريق فجاز جعله مسجدا ، ولا يجوز المرور فى المسجد فلم يجز جعله طريقا اه ولا يخفى أن المتبادر أنهما قولان فى جعل المسجد طريقا بقرينة التعليل المذكور ، ويؤيده ما فى التتارخانية عن فتاوى أبى الليث ، وإن أراد أهل المحلة أن يجعلوا شيئا من المسجد طريقا للمسلمين فقد قيل ليس لهم ذلك وأنه صحيح ، ثم نقل عن العتابية عن خواهر زاده إذا كان الطريق ضيقا والمسجد واسعا لا يحتاجون إلى بعضه تجوز الزيادة فى الطريق من المسجد لأن كلها للعامة اه والمتون على الثانى ، فكان هو المعتمد لكن كلام المتون فى جعل شىء منه طريقا ، وأما جعل كل المسجد طريقا فالظاهر أنه لا يجوز قولا واحدا نعم فى التتارخانية سئل أبو القاسم عن أهل مسجد أراد بعضهم أن يجعلوا المسجد رحبة والرحبة مسجدا أو يتخذوا له بابا أو يحولوا بابه عن موضعه ، وأبى البعض ذلك قال إذا اجتمع أكثرهم وأفضلهم ليس للأقل منعهم اه .

قلت : ورحبة المسجد ساحته ، فهذا إن كان المراد به جعل بعضه رحبة فلا إشكال فيه وإن كان المراد جعل كله فليس فيه إبطاله من كل جهة لأن المراد تحويله بجعل الرحبة مسجدا بدله بخلاف جعله طريقا تأمل ، ثم ظاهر ما نقلناه أن تقييد الشارح أولا بالباقى ، وثانيا بالإمام غير قيد نعم فى التتارخانية ، وعن محمد فى مسجد ضاق بأهله

لجواز الصلاة في الطريق لا المرور في المسجد (تؤخذ أرض) ودار وحانوت (بجنب مسجد ضاق على الناس بالقيمة كرها) درر وعمادية (جعل) الواقف (الولاية لنفسه جاز) بالإجماع ، وكذا لو لم يشترط لأحد فالولاية له عند الثاني ، وهو ظاهر المذهب نهر ، خلافا لما نقله المصنف ، ثم لوصيه إن كان وإلا فللحاكم فتاوى

لا بأس بأن يلحق به من طريق العامة إذا كان واسعا وقيل يجب أن يكون بأمر القاضي وقيل إنما يجوز إذا فتحت البلدة عنوة لا لو صلحا (قوله لجواز الصلاة فى الطريق) فيه أن الصلاة فى الطريق مكروهة كالمرور فى المسجد فالصواب لعدم جواز(١) الصلاة فى الطريق كما قدمناه عن جامع الفصولين يعنى أن فيه ضرورة وهى أنهم لو أرادوا الصلاة فى الطريق لم يجز فكان فى جعله مسجدا ضرورة ، بخلاف جعل المسجد طريقا لأن المسجد لا يخرج عن المسجدية أبدا فلم يجز لأنه يلزم المرور فى المسجد ، ولا يخفى أن المتبادر من هذا كون المراد مرور أى مار ولو غير جنب ، وهذا يؤيد أن هذا قول آخر ، وقد علمت ترجيح خلافه وهو جواز جعل شىء منه مسجدا وتسقط حرمة المرور فيه للضرورة لكن لا تسقط عنه جميع أحكام المسجد ، فلذا لم يجز المرور فيه لجنب ونحوه كما مر فافهم (قوله وتؤخذ أرض) فى الفتح : ولو ضاق المسجد وبجنبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه اهـ زاد فى البحر عن الخانية بأمر القاضى وتقييده بقوله : وقف عليه أى على المسجد يفيد أنها لو كانت وقفا على غيره لم يجز لكن جواز أخذ المملوكة كرها يفيد الجواز بالأولى ، لأن المسجد لله تعالى ، والوقف كذلك ولذا ترك المصنف فى شرحه هذا القيد وكذا فى جامع الفصولين تأمل (قوله بالقيمة كرها) لما روى عن الصحابة رضى الله تعالى عنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة وزادوا فى المسجد الحرام بحر عن الزيلعى قال فى نور العين : ولعل الأخذ كرها ليس فى كل مسجد ضاق ، بل الظاهر أن يختص بما لم يكن فى البلد مسجد آخر إذ لو كان فيه مسجد آخر يمكن دفع الضرورة بالذهاب إليه نعم فيه حرج لكن الأخذ كرها أشد حرجا منه ويؤيد ما ذكرنا فعل الصحابة إذ لا مسجد فى مكة سوى المسجد الحرام اهـ .

مطلب فى اشتراط الواقف الولاية لنفسه

(قوله جاز بالإجماع) كذا ذكره الزيلعى وقال : لأن شرط الواقف معتبر فيراعى لكن الذى فى القدورى أنه يجوز على قول أبى يوسف وهو قول هلال أيضا وفى الهداية أنه ظاهر الرواية وقد رد العلامة قاسم على الزيلعى دعواه الإجماع بأن المنقول أن اشتراطها يفسد الوقف عند محمد كما فى الذخيرة ونازعه فى النهر وأطال وأطاب .

وحاصل : ما ذكره أن فيه اختلاف الرواية عن محمد ، واختلاف المشايخ فى تأويل ما نقل عنه وإن هلالا أدرك بعض أصحاب أبى حنيفة لأنه مات سنة خمس وأربعين ومائتين ولفظ المشايخ يقال على من دونه اهـ .

مطلب فى ترجمة هلال الرائى البصرى

وفى الفتح هلال الرائى هو هلال بن يحيى بن مسلم البصرى نسب إلى الرأى لأنه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من أصحاب يوسف بن خالد البصرى ، ويوسف هذا من أصحاب أبى حنيفة ، وقيل : إن هلالا أخذ العلم عن أبى يوسف وزفر ووقع فى المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازى وفى المغرب هو تحريف لأنه من البصرة لا من الرى والرازى نسبة إلى الرى وهكذا فى صحيح مسند أبى حنيفة وغيره اهـ (قوله خلافا لما نقله المصنف) أى عن السراجية

---

(١) (قوله فالصواب لعدم جواز الخ) رأيت بخط شيخنا على هامش نسخته ما نصه فيه أن المراد بالطريق الذى جازت الصلاة فيه الطريق الذى جعل مسجدا ومثل هذا يقال فى قوله لا المرور فى المسجد اهـ .

ابن نجيم وقارئ الهداية وسيجيء (وينزع) وجوبا بزازية (لو) الواقف درر فغيره بالأولى (غير مأمون) أو عاجزا أو ظهر به فسق كشرب خمر ونحوه فتح ،

من أنه لايصح هذا الوقف عند محمد وبه يفتى (قوله وسيجيء) أى فى الفصل الآتى وهو قول المتن ولاية نصب القيم إلى الواقف ثم لوصيه ثم للقاضى .

مطلب يأثم بتولية الخائن

(قوله وينزع وجوبا) مقتضاه إثم القاضى بتركه والإثم بتولية الخائن ولاشك فيه بحر . لكن ذكر فى البحر أيضا عن الخصاف أن له عزله أو إدخال غيره معه . وقد يجاب بأن المقصود رفع ضرره عن الوقف فإذا ارتفع بضم آخر إليه حصل المقصود قال فى البحر : قدمنا أنه لايعزله القاضى بمجرد الطعن فى أمانته بل بخيانة ظاهرة ببينة ، وأنه إذا أخرجه وتاب وأناب أعاده ، وأن امتناعه من التعمير خيانة ، وكذا لو باع الوقف أو بعضه أو تصرف تصرفا جائزا عالما به اهـ وقوله : لايعزله القاضى بمجرد الطعن الخ سيذكره الشارح فى الفروع ويأتى الكلام قريبا على حكم عزل القاضى بلا حجة وسيأتى فى الفصل قبيل قوله باع دارا حكم عزل الواقف للناظر .

مطلب فيما يعزل به الناظر

[تنبيه] إذا كان ناظرا على أوقاف متعددة وظهرت خيانته فى بعضها أفتى المفتى أبو السعود بأنه يعزل من الكل .

قلت : ويشهد قولهم فى الشهادة أن الفسق لايتجزى ، وفى الجواهر القيم إذا لم يراع الوقف يعزله القاضى وفى خزانة المفتين إذا زرع القيم لنفسه يخرجه القاضى من يده قال البيرى : يؤخذ من الأول أن الناظر إذا امتنع من إعارة الكتب الموقوفة كان للقاضى عزله ، ومن الثانى لوسكن الناظر دار الوقف ولو بأجر المثل له عزله لأنه نص فى خزانة الأكمل أنه لايجوز له السكنى ولو بأجر المثل اهـ وفى الفتح أنه ينعزل بالجنون المطبق سنة لاأقل ولو برئ عاد إليه النظر قال فى النهر : والظاهر أن هذا فى المشروط له النظر أما منصوب القاضى فلا وفى البيرى أيضا عن أوقاف الناصحى الواقف على قوم ولايوصل إليهم ماشرط لهم ينزعه القاضى من يده ويوليه غيره اهـ وينعزل المتولى من قبل الواقف بموت الواقف على قول أبى يوسف المفتى به لأنه وكيل عنه إلا إذا جعله قيما فى حياته وبعد موته كما فى البحر (قوله لو الواقف) أى لو كان المتولى هو الواقف (قوله فغيره بالأولى) قال فى البحر : واستفيد منه أن للقاضى عزل المتولى الخائن غير الواقف بالأولى .

مطلب فى شروط المتولى

(قوله غير مأمون الخ) قال فى الإسعاف : ولا يولى إلا أمين قادر بنفسه أو بنائبه لأن الولاية مقيدة بشرط النظر وليس من النظر تولية الخائن لأنه يخل بالمقصود ، وكذا تولية العاجز لأن المقصود لايحصل به ، ويستوى فيه الذكر والأنثى وكذا الأعمى والبصير وكذا المحدود فى قذف إذا تاب لأنه أمين وقالوا : من طلب التولية على الوقف لايعطى له وهو كمن طلب القضاء لايقلد اهـ والظاهر : أنها شرائط الأولوية لاشرائط الصحة وأن الناظر إذا فسق استحق العزل ولاينعزل كالقاضى إذا فسق لاينعزل على الصحيح المفتى به .

أو كان يصرف ماله فى الكيمياء نهر بحثا

مطلب فى تولية الصبى

ويشترط للصحة بلوغه وعقله لاحريته وإسلامه لما فى الإسعاف لو أوصى إلى الصبى تبطل فى القياس مطلقا وفى الاستحسان هى باطلة مادام صغيرا ، فإذا كبر تكون الولاية له ولو كان عبدا يجوز قياسا واستحسانا لأهليته فى ذاته بدليل أن تصرفه الموقوف لحق المولى ينفذ عليه بعد العتق لزوال المانع ، بخلاف الصبى ثم الذمى فى الحكم كالعبد فلو أخرجهما القاضى ثم عتق العبد وأسلم الذمى لاتعود إليهما اه بحر ملخصا ونحوه فى النهر .
وفى فتاوى العلامة الشلبى : وأما الإسناد للصغير فلا يصح بحال لاعلى سبيل الاستقلال بالنظر ولا على سبيل المشاركة لغيره لأن النظر على الوقف من باب الولاية والصغير يولى عليه لقصوره فلا يصح أن يولى على غيره اه وفى أنفع الوسائل عن وقف هلال لوقال : ولايتها إلى ولدى وفيهم الصغير والكبير يدخل القاضى مكان الصغير رجلا وإن شاء أقام الكبار مقامه ، ثم نقل عنه مامر عن الإسعاف بهذه النقول صريحة بأن الصبى لايصلح ناظرا وأما مافى الأشباه فى أحكام الصبيان ، من أن الصبى يصلح وصيا وناظرا ويقيم القاضى مكانه بالغا إلى بلوغه كما فى منظومة ابن وهبان من الوصايا اه ففيه أنه لم يذكر فى المنظومة قوله وناظرا ثم رأيت شارح الأشباه نبه على ذلك أيضا ، وأما ماذكره الشارح فى باب الوصى عن المجتبى ، من أنه لو فوض ولاية الوقف للصبى صح استحسانا ففيه أن ماذكره صاحب المجتبى صرح به نفسه فى الحاوى بقوله : ولو أوصى إلى صبى فى وقفه فهو باطل فى القياس ، ولكن استحسن أن تكون الولاية إليه إذا كبر اه ، وهذا هو مامر عن الإسعاف نعم رأيت فى أحكام الصغار للاستروشنى عن فتاوى رشيد الدين قال القاضى : إذا فوض التولية إلى صبى يجوز إذا كان أهلا للحفظ وتكون له ولاية التصرف كما أن القاضى يملك الصبى وإن كان الولى لايأذن اه وعليه فيمكن التوفيق بحمل مافى الإسعاف وغيره على غير الأهل للحفظ بأن كان لايقدر على التصرف ، أما القادر عليه فتكون توليته من القاضى إذنا له فى التصرف ، وللقاضى أن يأذن للصغير وإن لم يأذن له وليه .

مطلب فيما شاع فى زماننا من تفويض نظر الأوقاف للصغير

وبهذا تعلم أن ماشاع فى زماننا من تفويض نظر الأوقاف لصغير لايعقل وحكم القاضى الحنفى بصحة ذلك خطأ محض ولاسيما إذا شرط الواقف تولية النظر للأرشد فالأرشد من أهل الوقف ، فإنه حينئذ إذا ولى بالغ عاقل رشيد وكان فى أهل الوقف أرشد منه لاتصح توليته لمخالفتها شرط الواقف ، فكيف إذا كان طفلا لايعقل ، وثم بالغ رشيد إن هذا لهو الضلال البعيد واعتقادهم أن خبز الأب لابنه لايفيد لما فيه من تغيير حكم للشرع ، ومخالفة شرط الواقف وإعطاء الوظائف من تدريس وإمامة وغيرها إلى غير مستحقها كما أوضحت ذلك فى الجهاد فى آخر فصل الجزية كيف ولو أوصى الواقف بالتولية لابنه لاتصح مادام صغيرا حتى يكبر فتكون الولاية له كما مر ، وكذلك اعتقادهم أن الأرشد إذا فوض ، وأسند فى مرض موته لمن أراد صح ، لأن مختار الأرشد أرشد فهو باطل لأن الرشد فى أمور الوقف صفة قائمة بالرشيد لاتحصل له بمجرد اختيار غيره له كما لايصير الجاهل عالما بمجرد اختيار الغير له فى وظيفة التدريس ، وكل هذه أمور ناشئة عن الجهل واتباع العادة المخالفة لصريح الحق بمجرد تحكيم العقل المختل ولاحول ولاقوه إلا بالله العلى العظيم (قوله أو كان يصرف ماله فى الكيمياء) لأنه استقرئ من أحوال متعاطيها أنها تستجره إلى أن يخرج من جميع مافى يده وقد ترتب عليه ديون بهذا السبب فلا يبعد أن يجره

(وإن شرط عدم نزعه) أو أن لاينزعه قاض ولاسلطان لمخالفته لحكم الشرع فيبطل كالوصى فلومأمونا لم تصح تولية غيره أشباه

الحال إلى إضاعة مال الوقف ط (قوله وإن شرط عدم نزعه) هى من المسائل السبع التى يخالف فيها شرط الواقف على مافى الأشباه وستأتى ط (قوله كالوصى) فإنه ينزع وإن شرط الموصى عدم نزعه وإن خان ط .

مطلب فى عزل الناظر

(قوله فلومأمونا تصح تولية غيره) قال فى شرح الملتقى إلى الأشباه لايجوز للقاضى عزل الناظر لمشروط له النظر بلا خيانة ، ولو عزله لايصير الثانى متوليا ويصح عزل الناظر بلا خيانة لو منصوب القاضى أى لا الواقف وليس للقاضى الثانى أن يعيده وإن عزله الأول بلا سبب لحمل أمره على السداد إلا أن تثبت أهليته اه وأما الواقف فله عزل الناظر مطلقا به يفتى ولو لم يجعل ناظرا فنصبه القاضى لم يملك الواقف إخراجه كذا فى فتاوى صاحب التنوير اه بتصرف والتفصيل المذكور فى عزل الناظر نقله فى البحر عن القنية ، وذكر المرحوم الشيخ شاهين عن الفصل الأخير من جامع الفصولين إذا كان للوقف متول من جهة الواقف أو من جهة غيره من القضاة لايملك القاضى نصب متول آخر بلا سبب موجب لذلك وهو ظهور خيانة الأول أو شىء آخر اه. قال : وهذا مقدم على مافى القنية اه أبو السعود قال وكذا الشيخ خير الدين أطلق فى عدم صحة عزله بلا خيانة وإن عزله مولانا السلطان فعم إطلاقه مالو كان منصوب القاضى اه ط .

قلت : وذكر فى البحر كلاما عن الخانية ثم قال عقبه وفيه دليل على أن للقاضى عزل منصوب قاض آخر بغير خيانة إذا رأى المصلحة اه وهذا داخل تحت قول جامع الفصولين ، أو شىء آخر كما دخل فيه مالو عجز أو فسق وفى البيرى عن حاوى الحصيرى عن وقف الأنصارى فإن لم يكن من يتولى من جيران الواقف وقرابته إلا برزق ويفعل واحد من غيرهم بلا رزق فذلك إلى القاضى ينظر فيما هو الأصلح لأهل الوقف اه .

مطلب لايصح عزل صاحب وظيفة بلا جنحة أو عدم أهلية

[تنبيه] قال فى البحر واستفيد من عدم صحة عزل الناظر بلا جنحة عدمها لصاحب وظيفة فى وقف بغير جنحة وعدم أهلية واستدل على ذلك بمسألة غيبة المتعلم ، من أنه لا تؤخذ حجرته ووظيفته على حالها إذا كانت غيبته ثلاثة أشهر ، فهذا مع الغيبة فكيف مع الحضرة والمباشرة وستأتى مسألة الغيبة وحكم الاستنابة فى الوظائف قبيل قول المصنف ولاية نصف القيم إلى الواقف ،وفى آخر الفن الثالث من الأشباه إذا ولى السلطان مدرسا ليس بأهل لم تصح توليته ، لأن فعله مقيد بالمصلحة خصوصا إن كان المقرر عن مدرس أهل فإن الأهل لم ينعزل وصرح البزازى فى الصلح ، بأن السلطان إذا أعطى غير المستحق فقد ظلم مرتين بمنع المستحق وإعطاء غير المستحق اه ملخصا .

مطلب فى النزول عن الوظائف

وذكر فى البحر أيضا أن المتولى لو عزل نفسه عند القاضى ينصب غيره ولا ينعزل بعزل نفسه حتى يبلغ القاضى ومن عزل نفسه لفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيرها ثم إن كان المنزول له غير أهل لايقرره القاضى ولو أهلا

لايجب عليه تقريره وأفتى العلامة قاسم بأن من فرغ لإنسان عن وظيفته سقط حقه وإن لم يقرر الناظر المنزول له اه فالقاضي بالأولى (١) وقد جرى التعارف بمصر الفراغ بالدراهم ولايخفى مافيه وينبغي الإبراء العام بعده اه مافي البحر ملخصا، لكن ينافي هذا مايأتي في الفصل من أن المتولى إذا أراد إقامة غيره مقامه لايصح إلا في مرض موته وسيأتي تمام الكلام عليه مع الجواب عنه هناك .

مطلب لابد بعد الفراغ من تقرير القاضي في الوظيفة

وذكر صاحب البحر في بعض رسائله أن ماذكره العلامة قاسم لم يستند فيه إلى نقل وأنه خولف في ذلك أي فلابد من تقرير القاضي . وسئل في الخيرية عما إذا قرر السلطان رجلا في وظيفة كانت لرجل فرغ لغيره عنها بمال أجاب بأنها لمن قرره السلطان لا للمفروغ له إذ الفراغ لايمنع تقريره سواء قلنا بصحته المتنازع فيها أو بعدمها الموافق للقواعد الفقهية كما حرره العلامة المقدسي ثم رأيت صريح المسألة في شرح منهاج الشافعية لابن حجر معللا بأن مجرد الفراغ سبب ضعيف لابد من انضمام تقرير الناظر إليه اه ملخصا .

مطلب لو قرر القاضي رجلا ثم قرر السلطان آخر فالمعتبر الأول

وأفتى في الخيرية أيضا بأنه لو قرر القاضي رجلا ثم قرر السلطان آخر فالعبرة لتقرير القاضي كالوكيل إذا نجز ما وكل فيه ثم فعله الموكل .

مطلب الناظر المشروط له التقدير مقدم على القاضي

وأفتى أيضا بأن الناظر المشروط له التقرير لو قرر شخصا فهو المعتبر دون تقرير القاضي أخذا من القاعدة المشهورة : وهي أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة وبه أفتى العلامة قاسم ، وأما إذا لم يشترط الواقف له التقرير فالمعتبر تقرير القاضي اه .

مطلب للمفروغ له الرجوع بمال الفراغ

وأفتى في الخيرية أيضا بأنه لو فرغ عن الوظيفة بمال فللمفروغ له الرجوع بالمال لأنه اعتياض عن حق مجرد وهو لايجوز صرحوا به قاطبة قال ومن أفتى بخلافه فقد أفتى بخلاف المذهب لبنائه على اعتبار العرف الخاص وهو خلاف المذهب والمسألة شهيرة وقد وقع فيها للمتأخرين رسائل واتباع الجادة أولى والله أعلم وكتب على ذلك أيضا كتابة حسنة في أول كتاب الصلح من الخيرية فراجعها وسيأتي تمام الكلام على ذلك في أول كتاب البيوع وحاصله جواز أخذ المال بلا رجوع .

---

(١) قوله (فالقاضي بالأولى الخ) أي فحصول الفراغ أمام القاضي كاف في العزل بالأولى وليس المراد أن القاضي ينعزل بالفراغ بالأولى لعدم ظهور تلك الأولوية اه.

(وجاز جعل غلة الوقف) أو الولاية (لنفسه عند الثانى) وعليه الفتوى (و) جاز (شرط الاستبدال به)

مطلب فى اشتراط الغلة لنفسه

(قوله وجاز جعل غلة الوقف لنفسه الخ) أى كلها أو بعضها وعند محمد لايجوز بناء(١) على اشتراطه التسليم إلى متول وقيل هى مسألة مبتدأة أى غير مبنية على ذلك وهو أوجه ويتفرع على الخلاف مالو وقف على عبيده وإمائه صح عند أبى يوسف لاعند محمد وأما اشتراط الغلة لمدبريه وأمهات أولاده ، فالأصح صحته اتفاقا لثبوت حريتهم بموته ، فهو كالوقف على الأجانب وثبوته لهم حال حياته تبع لما بعدها ، وقيد بجعل الغلة لنفسه لأنه لو وقف على نفسه قيل: لايجوز وعن أبى يوسف: جوازه وهو المعتمد وما فى الخانية من أنه لو وقف على نفسه وعلى فلان صح نصفه وهو حصة فلان وبطل حصة نفسه ولو قال : ثم على فلان لايصح شىء منه مبنى على القول الضعيف بحر ملخصا ، لكنه لم يستند فى تضعيفه واعتماد الجواز إلى نقل صريح ، ولعله بناه على عدم الفرق بين جعل الغلة لنفسه والوقف على نفسه إذ ليس المراد من الوقف على شخص سوى صرف الغلة إليه لأن الوقف تصدق بالمنفعة فحينئذ يكون التصحيح المنقول فى صحة الأول شاملا لصحة الثانى ، وهو ظاهر ويؤيده قول الفتح ، ويتفرع على الخلاف مالو وقف على عبيده وإمائه الخ مع أن الخلاف المذكور فى جعل الغلة لنفسه .

مطلب فى الوقف على نفس الواقف

(قوله أو الولاية) مفاده أن فيه خلاف محمد مع أنه قدم أن اشتراط الولاية لنفسه جائز بالإجماع ، لكن لما كان فى دعوى الإجماع نزاع كما قدمناه مع التوفيق بأن عن محمد روايتين إحداهما توافق قول أبى يوسف والأخرى تخالفه فدعوى الإجماع مبنية على الرواية الأولى ، ودعوى الخلاف على الثانية فلا خلل فى النقلين فلذا مشى الشارح عليهما فى موضعين مشيرا إلى صحة كل من العبارتين فافهم (قوله وعليه الفتوى) كذا قاله الصدر الشهيد وهو مختار أصحاب المتون ورجحه فى الفتح ، واختار مشايخ بلخ وفى البحر عن الحاوى أنه المختار للفتوى ترغيبا للناس فى الوقف وتكثيرا للخير :

مطلب فى استبدال الوقف وشروطه

(قوله وجاز شرط الاستبدال به الخ) اعلم أن الاستبدال على ثلاثة وجوه : الأول : أن يشرطه الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه وغيره ، فالاستبدال فيه جائز على الصحيح وقيل اتفاقا . والثانى : أن لايشرطه سواء شرط عدمه أو سكت لكن صار بحيث لاينتفع به بالكلية بأن لايحصل منه شىء أصلا ، أو لايفى بمؤنته فهو أيضا جائز على الأصح إذا كان بإذن القاضى ورأيه المصلحة فيه . والثالث : أن لايشرطه أيضا ولكن فيه نفع فى الجملة وبدله خير منه ريعا ونفعا ، وهذا لايجوز استبداله على الأصح المختار كذا حرره العلامة قنالى زاده فى رسالته الموضوعة فى الاستبدال ، وأطنب فيها عليه الاستدلال وهو مأخوذ من الفتح أيضا كما سنذكره عند قول الشارح لايجوز استبدال العامر إلا فى أربع ، ويأتى بقية شروط الجواز وأفاد صاحب البحر فى رسالته فى الاستبدال أن الخلاف

---

(١) قوله (وعنه محمد لايجوز بناء الخ) أمل وجه البناء أن محمدا لما قال باشتراط التسليم منع صحة الولاية لنفسه وما ذاك إلا لما بقى من تعلق حق المولى بالوقف أعنى التكلم عليه وإذا كان الأمر كذلك فى جعل الولاية لنفسه فبالأولى يكون جعل الغلة لنفسه مبطلا لبقاء حق للواقف أقوى من حق التكلم فاشتراط التسليم ملحوظ فيه انقطاع حق الواقف اهـ .

أرضا أخرى) حينئذ (أو) شرط (بيعه ويشترى بثمنه أرضا أخرى إذا شاء فإذا فعل صارت الثانية كالأولى فى شرائطها وإن لم يذكرها ثم لا يستبدلها) بثالثة لأنه حكم ثبت بالشرط والشرط وجد فى الأولى لا الثانية

فى الثالث، إنما هو فى الأرض إذا ضعفت عن الاستغلال بخلاف الدار إذا ضعفت بخراب بعضها، ولم تذهب أصلا فإنه لايجوز حينئذ الاستبدال على كل الأقوال قال: ولا يمكن قياسها على الأرض فإن الأرض إذا ضعفت لا يرغب غالبا فى استئجارها بل فى شرائها أما الدار فيرغب فى استئجارها مدة طويلة لأجل تعميرها للسكنى على أن باب القياس مسدود فى زماننا وإنما للعلماء النقل من الكتب المعتمدة كما صرحوا به (قوله أرضا أخرى) مفعول به للاستبدال وعمل المصدر المقرون بأل قليل (قوله حينئذ) أى حين إذ كان الفتوى على قول أبى يوسف وأشار بهذا إلى أن اشتراط الاستبدال مفرع على القول بجواز اشتراط الغلة لنفسه ولهذا قال فى البحر: وفرع فى الهداية على الاختلاف بين الشيخين شرط والاستبدال لنفسه، فجوزه أبو يوسف وأبطله محمد وفى الخانية الصحيح قول أبى يوسف اه وذكر فى الخانية فى موضع آخر صحة الشرط إجماعا ووفق بينهما صاحب البحر فى رسالته بحمل الأول على ما إذا ذكر الشرط بلفظ البيع والثانى على ما إذا ذكره (١) بلفظ الاستبدال بقرينة تعبير الخانية بذلك وإلا فهو مشكل اه (قوله أو شرط بيعه) ظاهره أنه لا فرق بين ذكره بلفظ الاستبدال أو البيع، وهو خلاف التوفيق المذكور آنفا (قوله ويشترى بثمنه أرضا) أى وأن يشترى على حد قوله * للبس عباءة وتقر عينى * وقيد به لأن شرط البيع فقط يفسد الوقف كما مر أول الباب، لأنه لايدل على إرادة الاستبدال إلا بذكر الشراء وفى فتاوى الكازرونى عن الشرنبلالى أنه سئل عن واقف شرط لنفسه الاستبدال والبيع فأجاب: بأن الوقف باطل لأنه لما شرط البيع بعد الاستبدال كان عطف مغاير، وأطلق البيع ولم يقل واشترى بالثمن مايكون وقفا مكانها فأبطل الوقف لقول الخصاف لو اشترط بيع الأرض ولم يقل استبدل بثمنها مايكون وقفا مكانها فالوقف باطل اه (قوله إذا شاء) كذا وقع فى عبارة الدرر ولم يذكره فى البحر والفتح، وأكثر الكتب التى رأيتها نعم رأيته معزيا للذخيرة، والظاهر أنه قيد للبيع لا للشراء فكان المناسب ذكره قبل قوله: ويشترى لئلا يوهم أنه قيد للشراء، فيلزم منه اشتراط البيع، وإن لم يرد أن يشترى بثمنه غيره وهو مفسد للوقف كما علمته هذا ماظهر لى ولم أر من نبه عليه (قوله وإن لم يذكرها) أى الشرائط قال فى البحر: ولو شرط أن يبيعها، ويشترى بثمنها أرضا أخرى، ولم يزد صح استحسانا وصارت الثانية وقفا بشرائط الأولى ولا يحتاج إلى الإيقاف كالعبد الموصى بخدمته، إذا قتل خطأ واشترى بثمنه عبدا آخر ثبت حق الموصى له فى خدمته *

مطلب فى اشتراط الإدخال والإخراج

(قوله ثم لا يستبدلها بثالثة) قال فى الفتح: إلا أن يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما، وكذلك ليس للقيم الاستبدال إلا أن ينص له عليه، وعلى وزان هذا الشرط لو شرط لنفسه، أن ينقص من المعاليم إذا شاء، ويزيد ويخرج من شاء، ومن استبدل به (٢) كان له ذلك، وليس لقيمه أن يجعله له وإذا أدخل وأخرج مرة، فليس له ثانيا

---

(١) (قوله والثانى على ما إذا ذكره الخ) يعنى أن صورة الإجماع هى ماذكر فيها لفظ الاستبدال وفيه أن شرط الاستبدال مفرع على جعل الغلة لنفسه المختلف فى صحته فيكون شرط الاستبدال مختلفا فى صحته أيضا فكيف يحكى قاضيخان الاجماع على صحته والعجب من صنيع المحشى حيث صرح فى أول العبارة بالتفريع وهنا يجعل الاستبدال صورة الاجماع ويمكن أن يقال إنه تقدم أن فى مسألة جعل الولاية لنفسه روايتين عن محمد فلعل جعل الغلة لنفسه كذلك وهو الظاهر وحيث كان كذلك يكون مسئلة الاستبدال المفرعة عليها مثلها جزما وتكون حكاية الاجماع على إحدى الروايتين والخلاف على الأخرى وتقدم نظير ذلك اه.

(٢) (قوله ومن استبدل به الخ) الصواب حذف من وجعل الفعل بصيغة المستقبل عطفا على سابقه اه.

(وأما) الاستبدال ولو للمساكين آل (بدون الشرط فلا يملكه إلا القاضى) درر وشرط فى البحر خروجه على الانتفاع بالكلية وكون البدل عقارا والمستبدل قاضى الجنة المفسر بذى العلم والعمل ، وفى النهر أن المستبدل قاضى الجنة فالنفس به مطمئنة فلا يخشى ضياعه

إلا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم يشرطه لنفسه كان له أن يستبدل بنفسه اه وذكر فى البحر فروعا مهمة فلتراجع (قوله ولو للمساكين آل) أى رجع وهذه المبالغة لم يذكرها فى الدرر قال ح : ولم يظهر لى وجهها (قوله بدون الشرط) دخل فيه مالو اشترط عدمه كماسيذكره الشارح فى شرح الوهبانية عن الطرسوسى أنه لانقل فيه لكنه مقتضى قواعد المذهب ، لأنهم قالوا إذا شرط الواقف أن لايكون للقاضى أو السلطان كلام فى الوقف أنه شرط باطل ، وللقاضى الكلام لأن نظره أعلى وهذا شرط فيه تفويت المصلحة للموقوف عليهم ، وتعطيل للوقف فيكون شرطا لافائدة فيه للوقف ولا مصلحة فلا يقبل اه بحر (قوله وشرط فى البحر الخ) عبارته وقد اختلف كلام قاضيخان فى موضع جوّزه للقاضى بلا شرط الواقف ، حيث رأى المصلحة فيه وفى موضع منع منه : ولو صارت الأرض بحال لاينتفع بها ، والمعتمد أنه بلا شرط يجوز للقاضى بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية ، وأن لايكون هناك ريع للوقف يعمر به وأن لايكون البيع بغبن فاحش ، وشرط فى الإسعاف أن يكون المستبدل قاضى الجنة المفسر بذى العلم والعمل لئلا يحصل التطرق إلى إبطال أوقاف المسلمين كما هو الغالب فى زماننا اه ويجب أن يزاد آخر فى زماننا : وهو أن يستبدل بعقار لابدراهم ودنانير فإنا قد شاهدنا النظار يأكلونها ، وقل أن يشترى بها بدلا ولم نر أحدا من القضاة فتش على ذلك مع كثرة الاستبدال فى زماننا اه :

مطلب فى شروط الاستبدال

وحاصله : أنه يشترط له خمسة شروط أسقط الشارح منها الثانى والثالث ، لظهورهما لكن فى الخامس كلام يأتى قريبا ، وأفاد فى البحر زيادة شرط سادس : وهو أن لايبيعه ممن لاتقبل شهادته له ، ولا ممن له عليه دين حيث قال وقد وقعت حادثتان للفتوى :

إحداهما : باع الوقف من ابنه الصغير فأجبت : بأنه لايجوز اتفاقا كالوكيل بالبيع باع من ابنه الصغير والكبير كذلك خلافا لهما كما عرف فى الوكالة :

ثانيتهما : باع من رجل له على المستبدل دين وباعه الوقف بالدين ، وينبغى أن لايجوز على قول أبى يوسف وهلال لأنهما لايجوزان البيع بالعروض فالدين أولى اه وذكر عن القنية مايفيد شرطا سابعا حيث قال : وفى القنية مبادلة دار الوقف بدار أخرى إنما يجوز إذا كانتا فى محلة واحدة أو محلة الأخرى خيرا وبالعكس لايجوز ، وإن كانت المملوكة أكثر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها فى أدون المحلتين لدناءتها وقلة الرغبة فيها اه وزاد العلامة قنالى زاده فى رسالته ثامنا وهو أن يكون البدل والمبدل من جنس واحد لما فى الخانية لو شرط لنفسه استبدالها بدار لم يكن له استبدالها بأرض ، وبالعكس أو بأرض البصرة تقييد اه فهذا فيما شرطه لنفسه ، فكذا يكون شرطا فيما لو لم يشترطه لنفسه بالأولى تأمل . ثم قال والظاهر عدم اشتراط اتحاد الجنس فى الموقوفة للاستغلال ، لأن المنظور فيها كثرة الريع ، وقلة المرمة والمؤنة فلو استبدل الحانوت بأرض تزرع ويحصل منها غلة قدر أجرة الحانوت كان أحسن ، لأن الأرض أدوم وأبقى وأغنى عن كافة الترميم والتعمير بخلاف الموقوفة للسكن لظهور أن قصد الواقف الانتفاع بالسكن اه ولايخفى أن هذه الشروط فيما لم يشترط الواقف استبداله لنفسه أو غيره ،

ولو بالدراهم والدنانير وكذا لو شرط عدمه وهى إحدى المسائل السبع التى يخالف فيها شرط الواقف كما بسطه فى الأشباه وزاد ابن المصنف فى زواهره ثامنة وهى إذا نص الواقف ورأى الحاكم ضم مشارف جاز كالوصى

فلو شرطه لايلزم خروجه عن الانتفاع ولا مباشرة القاضى له ولاعدم ريع يعمر به كما لا يخفى فاغتنم هذا التحرير (قوله ولو بالدراهم والدنانير) رد لما مر عن البحر من اشتراط كون البدل عقارا .

وحاصله : أن اشتراط ذلك إنما هو لكون الدراهم يخشى عليها أكل النظار لها وإذا كان المشروط كون المستبدل قاضى الجنة لايخشى ذلك .

قلت : وفيه نظر لأن قاضى الجنة شرط للاستبدال فقط لاللشراء بالثمن أيضا ، فقد يستبدل قاضى الجنة بالدراهم ويبقيها عنده أوعند الناظر ، ثم يعزل القاضى ويأتى فى السنة الثانية من لايفتش عليها فتضيع : نعم ذكر فى البحر أن صريح كلام قاضيخان جوازه بالدراهم ، ولكن قال قارئ الهداية وإن كان للوقف ريع ولكن يرغب شخص فى استبداله إن أعطى مكانه بدلا أكثر ريعا منه فى صقع أحسن من صقع الوقف جاز عند أبى يوسف والعمل عليه وإلا فلا فقد عين العقار للبدل فدل على منعه بالدراهم اه واعترضه الخير الرملى بأنه كيف يخالف قاضيخان مع صراحته بالجواز بما قاله قارئ الهداية ، مع أنه ليس فيه تعرض للاستبدال بالدراهم لابنفى ولاإثبات اه .

قلت : لايخفى أن قوله إن أعطى مكانه بدلا الخ يدل على نفى الجواز بدون العقار ، بل صرح به فى قوله وإلا فلا : نعم يرد على البحر أن كلام قارئ الهداية لايعارض كلام قاضيخان ، لأنه فقيه النفس والجواب أن صاحب البحر ، لم ينكر كون المنقول فى المذهب ماقاله قاضيخان ، ولكن مراده أن هذا المنقول كان فى زمنهم وأن ماقاله قارئ الهداية مبنى على تغير الزمان ، ويدل على أن مراده هذا قوله فيما سبق ، ويجب أن يزاد آخر فى زماننا الخ ولاشك أن هذا هو الاحتياط ، ولاسيما إذا كان المستبدل من قضاة هذا الزمن وناظر الوقف غير مؤتمن نعم ماأفتى به قارئ الهداية من جواز الاستبدال إذا كان للوقف ريع مخالف لما مر فى الشروط من اشتراط خروجه عن الانتفاع بالكلية ويأتى تمام الكلام عليه قريبا (قوله وكذا لو شرط عدمه) معطوف على قول المتن وأما بدون الشرط ، وقدمنا عن الطرطوسى أن هذا لانقل فيه بل قواعد المذهب تقتضيه .

مطلب يجوز مخالفة شرط الواقف فى مسائل

(قوله وهى إحدى المسائل السبع) الثانية : شرط أن القاضى لايعزل الناظر ، فله عزل غير الأهل . الثالثة : شرط أن لايؤجر وقفه أكثر من سنة ، والناس لايرغبون فى استئجار سنة أوكان فى الزيادة نفع للفقراء فللقاضى المخالفة دون الناظر . الرابعة : لو شرط أن يقرأ على قبره فالتعيين باطل أى على القول بكراهة القراءة على القبر والمختار خلافه . الخامسة : شرط أن يتصدق بفاضل الغلة على من يسأل فى مسجد كذا ، فللقيم التصدق على سائل غير ذلك المسجد أوخارج المسجد ، أو على من لايسأل . السادسة : لو شرط للمستحقين خبزا ولحما معينا كل يوم فللقيم دفع القيمة من النقد وفى موضع آخر لهم طلب المعين وأخذ القيمة : أى فالخيار لهم لاله وذكر فى الدر المنتقى أنه الراجح . السابعة : تجوز الزيادة من القاضى على معلوم الإمام ، إذا كان لايكفيه وكان عالما تقيا وهذه الأخيرة سيذكرها الشارح فى فروع الفصل الآتى ، ويأتى الكلام عليها هناك وزاد عليها أخرى وهى جواز مخالفة السلطان الشروط إذا كان أصل الوقف لبيت المال (قوله وزاد ابن المصنف فى زواهره) أى فى حاشيته زواهر

وعزاها لأنفع الوسائل وفيها لايجوز استبدال العامر إلا فى الأربع :
قلت : لكن فى معروضات المفتى أبى السعود أنه فى سنة إحدى وخمسين وتسعمائة ورد الأمر الشريف بمنع استبداله ، وأمر أن يصير بإذن السلطان تبعا لترجيح صدر الشريعة انتهى فليحفظ . وفيها أيضا لو شرط الواقف العزل والنصب وسائر التصرفات لمن يتولى من أولاده ولا يداخلهم أحد من القضاة والأمراء وإن داخلوهم فعليهم لعنة الله هل يمكن مداخلتهم ؟ فأجاب : بأنه فى سنة أربع وأربعين وتسعمائة قد حررت هذه الوقفيات المشروطة هكذا فالمتولون لو من الأمراء يعرضون للدولة العلية على مقتضى الشرع ومن دونهم رتبة يعرض بآرائهم مع قضاة البلاد على مقتضى المشروع من المواد لا يخالف القضاة المتولين ولا المتولون القضاة بهذا ورد الأمر الشريف

الجواهر على الأشباه والنظائر ونص عبارة أنفع الوسائل هكذا إذا نص الواقف على أن أحدا لايشارك الناظر فى الكلام على هذا الوقف ، ورأى القاضى أن يضم إليه مشارفا يجوز له ذلك كالوصى إذا ضم إليه غيره حيث يصح اه وهذا حاصل مايأتى عن المعروضات .
قلت : وأوصلها فى الدر المنتقى إلى إحدى عشرة فراجعه وزاد البيرى مسألتين الأولى : ما إذا شرط أن لايؤجر بأكثر من كذا وأجر المثل أكثر والثانية : لو شرط أن لايؤجر لمتجوه أى لصاحب جاه فآجره منه بأجرة معجلة ، واعترض بأن العلة الخوف على رقبة الواقف كما هو مشاهد .
قلت : وينبغى التفصيل بين الخوف على الأجرة والخوف على الوقف ففى الأول يصح بتعجيل الأجرة (قوله وفيها) أى فى الأشباه :

مطلب لايستبدل العامر إلا فى أربع

(قوله إلا فى أربع) الأولى : لو شرطه الواقف : الثانية : إذا غصبه غاصب ، وأجرى عليه الماء حتى صار بحرا فيضمن القيمة ، ويشترى المتولى بها أرضا بدلا : الثالثة : أن يجحده الغاصب ولا بينة أى وأراد دفع القيمة ، فللمتولى أخذها ليشترى بها بدلا : الرابعة : أن يرغب إنسان فيه ببدل أكثر غلة ، وأحسن صقعا فيجوز على قول أبى يوسف ، وعليه الفتوى كما فى فتاوى قارئ الهداية قال صاحب النهر فى كتابه إجابة السائل قول قارئ الهداية والعمل على قول أبى يوسف معارض مما قاله صدر الشريعة ، نحن لانفتى به وقد شاهدنا فى الاستبدال ما لايعد ويحصى : فإن ظلمة القضاة جعلوه حيلة لإبطال أوقاف المسلمين وعلى تقديره فقد قال فى الإسعاف المراد بالقاضى : هو قاضى الجنة المفسر بذى العلم والعمل اه ولعمرى أن هذا أعز من الكبريت الأحمر ، وما أراه إلا لفظا يذكر فالأحرى فيه السد خوفا من مجاوزة الحد والله سائل كل إنسان اه .
قال العلامة البيرى بعد نقله أقول : وفى فتح القدير والحاصل : أن الاستبدال إما عن شرط الاستبدال أولا عن شرطه ، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم ، فينبغى أن لايختلف فيه وإن كان لا لذلك بل اتفق أنه أمكن أن يؤخذ بثمنه ماهو خير منه مع كونه منتفعا به ، فينبغى أن لايجوز لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة ولأنه لا موجب لتجويزه ، لأن الموجب فى الأول الشرط وفى الثانى الضرورة ولا ضرورة فى هذا إذ لاتجب الزيادة بل نبقيه كما كان اه :
أقول : ما قاله هذا المحقق هو الحق الصواب اه كلام البيرى وهذا ماحرره العلامة القنالى كما قدمناه (قوله قلت لكن الخ) استدراك على الصورة الرابعة المذكورة (قوله بمنع استبداله) أى استبدال العامر إذا قل ريعه ولم يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو الصورة الرابعة بقرينة قوله تبعا لترجيح صدر الشريعة فإن الذى رجحه هو هذه الصورة كما علمته آنفا (قوله فالمتولون الخ) لايخفى مافى هذه العبارة من الركاكة ، والظاهر أنها معربة من عبارة تركية :

فالواقفون لو أرادوا أى فساد صدر يصدر وإذا داخلهم القضاة والأمراء فعليهم اللعنة فهم الملعونون لما تقرر أن الشرائط المخالفة للشرع جميعها لغو وباطل انتهى فليحفظ ؛

(بنى على أرض ثم وقف البناء) قصدا (بدونها أن الأرض مملوكة لا يصح

وحاصلها : أنه ورد الأمر بعدم العمل بهذا الشرط ، فإذا كان المتولى من الأمراء لا يستقل بنفسه بل يعرض أمر الوقف على الدولة العلية أى على السلطان لقرب الأمير منه فيتصرف بالوقف برأى السلطان على مقتضى الشرع الشريف ، وإن كان المتولى ممن دون الأمراء فى الرتبة ، وهو من لا وصول له بنفسه إلى السلطان يعرض أمر الوقف برأى الأمراء على القضاة ليتصرف معهم على وفق المشروع من المواد الحادثة ولا يخالف المتولى للقاضى إذا أمره بالمشروع ولا القاضى المتولى إذا كان تصرف المتولى على وفق المشروع (قوله فالواقفون الخ) حاصله أن الواقفين إذا شرطوا هذا الشرط ، ولعنوا من يداخل الناظر من الأمراء والقضاة كانوا هم الملعونين ، لأنهم أرادوا بهذا الشرط أنه مهما صدر من الناظر من الفساد لا يعارضه أحد ، وهذا شرط مخالف للشرع وفيه تفويت المصلحة للموقوف عليهم وتعطيل الوقف فلا يقبل كما قدمناه عن أنفع الوسائل (قوله بنى على أرض الخ) كان المناسب للمصنف ذكر هذه المسألة عند قوله : ومنقول فيه تعامل لما تقرر أن البناء والغراس من قسم المنقول ولذا لا تجرى فيه الشفعة كما سنحققه فى بابها ولزم من ذكرها هنا الفصل بين مسائل الاستبدال والبيع .

مطلب فى وقف البناء بدون أرض

(قوله ثم وقف البناء قصدا) احترز به عن وقفه تبعا للأرض ، فإنه جائز بلا نزاع ؛

ثم اعلم أن العلامة قاسما أفتى بأنه لا يصح وقف البناء بدون أرض ، وعزاه فى الأصل للإمام محمد وإلى هلال ابن يحيى البصرى والخصاف وإلى الواقعات والمضمرات وقال : يحتمل هذا المنع أن يكون لا لعدم التعارف بل لأن غير المنقولات تبقى بنفسها مدة طويلة ، فتكون متأبدة بخلاف البناء فإنه لا بقاء له بدون الأرض فلا يتم التخريج فثبت أنه باطل بالاتفاق والحكم به باطل اه ملخصا ؛

قلت : لكن فى البحر عن الذخيرة وقف البناء من غير وقف الأصل لم يجز هو الصحيح لأنه منقول وقفه غير متعارف وإذا كان أصل البقعة موقوفا على جهة قربة فبنى عليها بناء ووقف بناءها على جهة قربة أخرى اختلفوا فيه اه ؛

مطلب مناظرة ابن الشحنة مع شيخه العلامة قاسم فى وقف البناء

فهذا صريح بأن علة عدم الجواز كونه غير متعارف لا لما ذكره العلامة قاسم فحيث تعورف وقفه جاز وعن هذا خالفه تلميذه العلامة عبد البر بن الشحنة بعد ما جرى بينهما كلام فى مجلس السلطان الملك الظاهر سنة ٨٧٢(١) وقال : إن الناس من زمن قديم نحو مائتى سنة وإلى الآن على جوازه والأحكام به من القضاة العلماء متواترة والعرف جار به فلا ينبغى أن يتوقف فيه اه ورده العلامة محمد بن ظهيرة القرشى كما فى فتاوى الكازرونى بما حاصله أنه خالف نصوص المذهب على عدم جوازه ، وخالف شيخه الذى أجمع علماء عصره من المذاهب الأربعة على

---

(١) قوله (سنة ٨٧٢) كذا بالأصل المقابل على خط المؤلف وفيه نظر فان وفاة الملك الظاهر فى سنة ٦٧٦ كما يعلم من مراجعة الخطط للمقريزى اه مصححه .

وقيل صح وعليه الفتوى) :

سئل قارئ الهداية عن وقف البناء والغراس بلا أرض ؟ فأجاب : الفتوى على صحته ذلك ورجحه شارح الوهبانية وأقره المصنف معللا بأنه منقول فيه تعامل فيتعين به الإفتاء (وإن موقوفة على ماعين البناء له جاز) تبعا (إجماعا ، وإن) الأرض (لجهة أخرى فمختلف فيه) والصحيح الصحة كما فى المنظومة المحبية .

وسئل ابن نجيم عن وقف الأشجار بلا أرض؟ فأجاب : يصح لو الأرض وقفا ، ولو لغير الواقف. وسئل أيضا عن البناء والغراس

علمه وقبول قوله وأنه اعتمد على قول مرجوح ، وأنه احتج بالعرف وعمل القضاة والعرف لايصادم المنقول وحكم القضاة بالمرجوح لاينفذ اه .

قلت : لايخفى عليك أن المفتى به الذى عليه المتون جواز وقف المنقول المتعارف وحيث صار وقف البناء متعارفا كان جوازه ، موافقا للمنقول ، ولم يخالف نصوص المذهب على عدم جوازه لأنها مبنية على أنه لم يكن متعارفا كما دل عليه كلام الذخيرة المار ويأتى قريبا نص الخصاف على جوازه إذا كان البناء فى أرض محتكرة هذا : والذى حرره فى البحر أخذا من قول الظهيرية ، وأما إذا وقفه على الجهة التى كانت البقعة وقفا عليها جاز اتفاقا تبعا للبقعة أن قول الذخيرة لم يجز هو الصحيح مقصور على ماعدا صورة الاتفاق وهو ما إذا كانت الأرض ملكا أو وقفا على جهة أخرى قال وقصره الطرسوسى على الملك وهو غير ظاهر اه .

قلت : وهو كذلك ، فإن شرط الوقف التأبيد والأرض إذا كانت ملكا لغيره فللمالك استردادها ، وأمره بنقض البناء وكذا لو كانت ملكا له فإن لورثته بعده ذلك ، فلا يكون الوقف مؤبدا وعلى هذا فينبغى أن يستثنى من أرض الوقف ما إذا كانت معدة للإحتكار ، لأن البناء يبقى فيها كما إذا كان وقف البناء على جهة وقف الأرض فإنه لامطالب لنقضه والظاهر أن هذا وجه جواز وقفه إذا كان متعارفا ولهذا أجازوا وقف بناء قنطرة على النهر العام وقالو إن بناءها لايكون ميراثا وقال في الخانية إنه دليل على جواز وقف البناء وحده يعنى فيما سبيله البقاء كما قلنا وبه يتضح الحال ويزول الإشكال ويحصل التوفيق بين الأقوال (قوله وقيل صح وعليه الفتوى) أخذه من إطلاق مانقله عن قارئ الهداية فقد قال فى البحر : إن ظاهره أنه لافرق بين أن تكون الأرض ملكا أو وقفا لكنه مخالف لما حرره كما علمته آنفا ، ولما يأتى عن فتاواه ، وقد علمت مافيه من منافاته للتأبيد وعن هذا نص فى الخانية وغيرها على أنه لايجوز وقف البناء فى أرض هى عارية أو إجارة كما يأتى فيجب حمل كلام قارئ الهداية على غير الملك (قوله وأقره المصنف) ليس في عبارته التصريح بالملك ، وأما شارح الوهبانية فليس فى كلامه تصريح بترجيحه فإنه قال نظما :

وتجويز إيقاف البنا دون أرضه ولو تلك ملك الغير بعض يقرر

(قوله والصحيح الصحة) أى إذا كانت الأرض محتكرة كما علمت ، وعن هذا قال فى أنفع الوسائل إنه لو بنى فى الأرض الموقوفة المستأجرة مسجدا أنه يجوز قال وإذا جاز فعلى من يكون حكره ، والظاهر أنه يكون على المستأجر مادامت المدة باقية ، فإذا انقضت ينبغى أن يكون من بيت مال الخراج وأخواته ومصالح المسلمين (قوله لو الأرض وقفا) مبنى على مامشى عليه المتن .

فى الأرض المحتكرة هل يجوز بيعه ووقفه وهل يجوز وقف العين المرهونة أو المستأجرة ؟ فأجاب نعم. وفى البزازية : لايجوز وقف البناء فى أرض عارية أو إجارة وأما الزيادة فى الأرض المحتكرة ففى المنية حانوت لرجل فى أرض وقف فأبى صاحبه أن يستأجر الأرض بأجر المثل أن العمارة لو رفعت تستأجر بأكثر مما استأجره ،

مطلب فى زيادة أجرة الأرض المحتكرة

(قوله فى الأرض المحتكرة) أصل الحكر المنع بحر عن الخطط وفى الخيرية الاستحكار عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما (قوله فأجاب نعم) أى يجوز بيعه ووقفه أما البيع ، فقدمنا الكلام عليه محررا فى أول كتاب الشركة وأما وقف المأجور ففى البحر يصح ولا تبطل الإجارة ، فإذا انقضت أو مات أحدهما صرف إلى جهات الوقف اه وأما وقف المرهون فسيأتى بيانه قبيل الفصل وأما وقف الشجر فهو كوقف البناء وفى البزازية غرس شجرة ووقفها إن غرسها على أرض مملوكة(١) يجوز وقفها تبعا للأرض ، وإن بدون أصلها لايجوز وإن كانت فى أرض موقوفة إن وقفها على تلك الجهة جاز كما فى البناء وإن وقفها على جهة أخرى فعلى الخلاف المذكور فى وقف البناء اه : (قوله أو إجارة) يستثنى منه ما ذكره الخصاف ، من أن الأرض إذا كانت متقررة للاحتكار ، فإنه يجوز بحر قال فى الإسعاف : وذكر فى أوقاف الخصاف أن وقف حوانيت الأسواق، يجوز إن كانت الأرض بإجارة فى أيدى الذين بنوها لايخرجهم السلطان عنها من قبل أنا رأيناها فى أيدى أصحاب البناء توارثوها وتقسم بينهم لايتعرض لهم السلطان فيها ، ولا يزعجهم وإنما له غلة يأخذها منهم وتداولها خلف عن سلف ومضى عليها الدهور وهى فى أيديهم يتبايعونها ويؤجرونها وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ، ويعيدونه ويبنون غيره فكذلك الوقف فيها جائز اه وأقره فى الفتح وذكر أيضا أنه مخصص لإطلاق قوله أو إجارة وقد علمت وجهه وهو بقاء التأبيد وهو مؤيد لما قلنا من تخصيص الوقف لما إذا كانت الأرض محتكرة :

مطلب فى وقف الكردار والكدك

[تتمة] فى البزازية وقف الكردار بدون الأرض لايجوز كوقف البناء بلا أرض اه . وفى مزارعة الخيرية الكردار هو أن يحدث المزارع فى الأرض بناء أو غراسا أو كبسا بالتراب صرح به غالب أهل الفتاوى اه :

قلت : فعلى هذا ينبغى التفصيل فى الكردار فإن كان كبسا بالتراب ، فلا يصح وقفه وإن كان بناء أو غرسا ففيه مامر فى وقف البناء والشجر ، ومن الكردار مايسمى الآن كدكا فى حوانيت الوقف ونحوها من وقوف مركبة فى الحانوت وإغلاق على وجه القرار ، ومنه مايسمى قيمة فى البساتين وفى الحمامات ، وقد أوضحناه فى تنقيح الحامدية والظاهر أنه لايصح وقفه لعدم العرف الشائع بخلاف وقف البناء والشجر فإنه مما شاع وذاع فى عامة البقاع (قوله وأما الزيادة فى الأرض المحتكرة الخ) محل ذكر هذه المسائل فى أول الفصل الآتى عند ذكر إجارة الوقف :

والحاصل : أن مستأجر أرض الوقف إذا بنى فيها ثم زادت أجرة المثل زيادة فاحشة فإما أن تكون الزيادة بسبب العمارة والبناء أو بسبب زيادة أجرة الأرض فى نفسها ففى الأول لاتلزمه الزيادة لأنها أجرة عمارته وبنائه ، وهذا لو كانت العمارة ملكه أما لو كانت للوقف كما لو بنى بأمر الناظر ليرجع على الوقف تلزمه الزيادة ولهذا قيد

---

(١) (قوله إن غرسها على أرض مملوكة الخ) فى البحر عن الظهيرية ما نصه وإذا غرس شجرة ووقفها إن غرسها فى أرض غير موقوفة لا يخلو إن وقفها بموضعها من الأرض صح تبعا للأرض بحكم الاتصال إلى آخر العبارة وبهذا تعلم ما فى عبارة المحشى اه .

أمر برفع العمارة ، وتؤجر لغيره وإلا تترك فى يده بذلك الأجر ، ومثله فى البحر وفيه لو زيد عليه أن إجارته مشاهرة تفسخ عند رأس الشهر ، ثم إن ضر رفع البناء لم يرفع وإن لم يضر رفع أو يتملكه القيم برضا المستأجر فإن لم يرض تبقى إلى أن يخلص ملكه محيط ،

بالمحتكرة ، وفى الثانى تلزمه الزيادة أيضا كما يأتى بيانه فى الفصل (قوله أمر برفع العمارة) ينبغى تقييده بما إذا لم يضرر رفعه بالأرض أخذا مما بعده (قوله وتؤجر لغيره) لأن النقصان عن أجر المثل لايجوز من غير ضرورة بحر .

مطلب فى استيفاء العمارة بعد فراغ مدة الإجارة بأجر المثل

(قوله وإلا تترك فى يده بذلك الأجر) لأن فيها ضرورة بحر عن المحيط وظاهر التعليل تركها بيده ولو بعد فراغ مدة الإجارة ، لأنه لو أمر برفعها لتؤجر من غيره يلزم ضرره ، وحيث كان يدفع أجرة مثلها لم يوجد ضرر على الوقف ، فتترك فى يده لعدم الضرر على الجانبين وحينئذ فلو مات المستأجر كان لورثته الاستبقاء أيضا إلا إذا كان فيه ضرر على الوقف بوجه ما ، بأن كان هو أو وارثه مفلسا أو سيئ المعاملة أو متغلبا يخشى على الوقف منه أو غير ذلك من أنواع الضرر كما فى حاشية الخير الرملى من الإجارات . وأفتى به فى فتاواه الخيرية ، لكنه مخالف لإطلاق المتون والشروح من أنه بعد فراغ المدة يؤمر بالرفع والتسليم ، وبه أفتى فى الخيرية أيضا قبيل باب ضمان الأجير فى خصوص الأرض المحتكرة .

قلت : لكن ينبغى تخصيص إطلاق المتون والشروح ، وإخراج الأرض المعدة للاحتكار من هذا الإطلاق ليتوافق كلامهم ، ويؤيد ذلك مامر عن الخصاف من صحة وقف البناء فى الأرض المحتكرة وقدمنا وجهه وهو أن البناء عليها يكون على وجه الدوام . فيبقى التأبيد المشروط لصحة الوقف ، ومثل ذلك غالب القرى التى هى وقف أو لبيت المال ، فإن أهلها إذا علموا أن بناءهم وغراسهم يقلع كل سنة وتؤخذ القرية من أيديهم ، وتدفع لغيرهم لزم خرابها ، وعدم من يقوم بعمارتها ؛ ومثل ذلك أصحاب الكردار فى البساتين ونحوها وكذا أصحاب الكدك فى الحوانيت ونحوها فإن إبقاءها فى أيديهم سبب لعمارتها ودوام استغلالها ففى ذلك نفع للأوقاف ، وبيت المال ولكن كل ذلك بعد كونهم يؤدون أجرة مثلها بلا نقصان فاحش ، وهذا خلاف الواقع فى زماننا ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم وهذا خلاصة ماحررته فى رسالتى المسماة تحرير العبارة فيمن هو أحق بالإجارة فعليك بها فإنها بديعة فى بابها مغنية لطلابها ولله تعالى الحمد (قوله وفيه) أى فى البحر وعزاه إلى المحيط وغيره (قوله لو زيد عليه) أى من غير أن يزيد أجر المثل فى نفسه فتاوى الخيرية ويدل له قوله الآتى والظاهر أنه لاتقبل الزيادة الخ فظهر أن المراد زيادة متعنت فافهم (قوله تفسخ عند رأس الشهر) أى قبل دخوله لأنه إذا استأجر مشاهرة كل شهر بكذا تصح فى الشهر الأول فقط وكلما دخل شهر صحت فيه (قوله أو يتملكه القيم) هذا فيما إذا ضر رفع البناء فكان عليه أن يقول ، فإن لم يضر رفع وإن ضر لا بل يتملكه القيم الخ وعبارة البحر ينظر إن كانت أجرته مشاهرة إذا جاء رأس الشهر كان للقيم فسخ الإجارة ، ثم ينظر إن كان رفع البناء لايضر بالوقف فله رفعه لأنه ملكه ، وإن كان تضر به فليس له رفعه ، لأنه وإن كان ملكه فليس له أن يضر بالوقف، ثم إن رضى المستأجر

بقى لو إجارته مسانهة أو مدة طويلة ، والظاهر أنه لاتقبل الزيادة دفعا للضرر عليه ولا ضرر على الوقف ، لأن الزيادة إنما كانت بسبب البناء لا الزيادة فى نفس الأرض انتهى .

وأما وقف الإقطاعات ففى النهر : لايجوز إلا إذا كانت الأرض مواتا أو ملكا للإمام فأقطعها رجلا قال : وأغلب

أن يتملكه القيم للوقف بالقيمة مبنيا أو منزوعا أيهما كان أخف يتملكه القيم وإن لم يرض لايتملك لأن التملك بغير رضاه لايجوز ، فيبقى إلى أن يخلص ملكه اه(١) .

قلت : سيأتى فى كتاب الإجارات إنه إن ضر يتملكه القيم لجهة الوقف جبرا على المستأجر كما فى عامة الشروح فيعول عليها لأنها لنقل المذهب بخلاف نقول الفتاوى اه وذكر مثله فى المنح هناك وحاصله أنهم فى الفتاوى كالمحيط والخانية والعمادية جعلوا الخيار للمستأجر ولو كان القلع يضر وأصحاب الشروح جعلوا الخيار للناظر إن ضر وإلا فللمستأجر ولايخفى أن كلا مما فى الفتاوى والشروح مخالف لما مر من قوله ، وإلا تترك فى يده كما نبهنا عليه آنفا وعلمت التوفيق على التحقيق (قوله والظاهر أنه لاتقبل الزيادة الخ) حاصله أنها مثل المشاهرة فإنه فى المشاهرة لاتقبل الزيادة أيضا بل يصبر إلى انتهاء الشهر .

والحاصل : أنه لاتقبل الزيادة فى كل الصور حيث لم تزد أجرة مثله فى ذاتها للزوم العقد ، وعدم موجب الفسخ(٢) فلو قال والظاهر أنها كذلك لكان أخصر وأولى أفاده الخير الرملى فى حاشية البحر .

مطلب مهم فى وقف الإقطاعات

(قوله وأما وقف الإقطاعات الخ) هى مايقطعه الإمام أى يعطيه من الأراضى رقبة ، أو منفعة لمن له حق فى بيت المال .

وحاصل ماذكره صاحب البحر فى رسالته التحفة المرضية فى الأراضى المصرية : أن الواقف لأرض من الأراضى لايخلو إما أن يكون مالكا لها من الأصل ، بأن كان من أهلها حين يمن الإمام على أهلها ، أو تلقى الملك من مالكها بوجه من الوجوه أو غيرهما ، فإن كان الأول فلا خفاء فى صحة وقفه لوجود ملكه وإن كان الواقف غيرهما فلا يخلو إما إن وصلت إلى يده بإقطاع السلطان إياها له ، أو بشراء من بيت المال من غير أن تكون ملكه ، فإن كان الأول فان كانت مواتا أو ملكا للسلطان صح وقفها ، وإن كانت من حق بيت المال لايصح قال الشيخ قاسم : إن من أقطعه السلطان أرضا من بيت المال ملك المنفعة بمقابلة ماأعد له فله إجارتها وتبطل بموته أو إخراجه من الإقطاع لأن للسلطان أن يخرجها منه اه وإن وصلت الأرض إلى الواقف بالشراء من بيت المال بوجه مسوغ ؛ فإن وقفه صحيح لأنه ملكها ، ويراعى فيها شروطه سواء كان سلطانا أو أميرا أو غيرهما ، وماذكره السيوطى من أنه لايراعى فيها الشرائط إن كان سلطانا أو أميرا فمحمول على ماإذا وصلت إلى الواقف بإقطاع السلطان من بيت المال ، أو بناء على أصل فى مذهبه ، وإن كان الواقف لها السلطان من بيت المال من غير شراء فأفتى العلامة قاسم بأن الوقت صحيح أجاب به حين سئل عن وقف السلطان جقمق فإنه أرصد أرضا من بيت المال على مصالح مسجد وأفتى بأن سلطانا آخر لايملك إبطاله اه حاصل مافى الرسالة .

---

(١) (قوله فيبقى إلى أن يخلص الخ) أى يبقى البناء فى الأرض إلى أن يخلص ملك البانى ويؤجرها القيم ببنائها لكن بإذنه ثم يقسم الأجر على مثل قيمة أجر الأرض ومثل أجر البناء ونقل شيخنا عن الرملى أن الظاهر أن القيم لا يعطى البانى شيئا بل يكون كل الأجر جهة الوقف اه .

(٢) (قوله وعدم موجب الفسخ) أى الآن وإلا فهى تفسخ فى آخر المدة اه .

أوقاف الأمراء بمصر إنما هو إقطاعات يجعلونها مشتراة صورة من وكيل بيت المال وفي الوهبانية ولو وقف السلطان من بيت مالنا لمصلحة عمت يجوز ويؤجر .

قلت : وفي شرحها للشرنبلالي وكذا يصح إذنه بذلك إن فتحت عنوة لا صلحا لبقاء ملك مالكها قبل الفتح (أطلق) القاضي (بيع الوقف

قلت : وماأفتى به العلامة قاسم مشكل لما تقدم من أنها إن كانت من حق بيت المال لايصح ، وكذا ماسيذكره الشارح في فروع الفصل الآتي عن المبسوط ، من أن للسلطان مخالفة شرط الواقف إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع ، لأن أصلها لبيت المال أي فلم تكن وقفا حقيقة بل هي أرصاد أخرجها الإمام من بيت المال ، وعينها لمن يستحق منه من العلماء ونحوهم ، كما أوضحناه في باب العشر والخراج والجزية ، وقدمنا هناك أنه إذا لم يعلم شراؤه لها ولاعدمه ، فالظاهر أنه لايحكم بصحة وقفها لأن شرطه الملك ، ولم يعلم ولا يلزم علمه من وقفه لها لأن الأصل بقاؤها لبيت المال كما يفيده المذكور عن المبسوط .

مطلب في أوقاف الملوك والأمراء

ولهذا أفتى المولى أبو السعود بأن أوقاف الملوك والأمراء لايراعى شرطها لأنها من بيت المال أوتؤول إليه اه وأما ذكره في النهر هناك من قوله : وإذا لم يعرف الحال في الشراء من بيت المال ، فالأصل هو الصحة فالظاهر أن معناها إذا علم الشراء ، ولكن لم يعلم حاله هل هو صحيح أم لا لعدم وجود شرطه ، لأنه لايصح الشراء من بيت المال إلا إذا كان بالمسلمين حاجة كما مر هناك ، فيحمل على الأصل وهو الصحة فافهم ، ولعل مراد العلامة قاسم بقوله إن الوقف صحيح أي لازم لاينقص على وجه الأرصاد المقصود منه وصول المستحقين إلى حقوقهم ولم يرد حقيقة الوقف وقدمنا تمام ذلك هناك فراجعه (قوله يجعلونها مشتراة صورة) أي بدون شرائطه المسوغة لعدم احتياج بيت المال إلى بيعها في هـذه الدولة العثمانية أعز الله بها الإسلام والمسلمين ، ومقتضاه أنه لايكون وقفا حقيقة بل هو إرصاد كما علمته مما حررناه آنفا فلم يكن مما جهل حال شرائه حتى يحمل على الصحة فافهم (قوله لمصلحة عمت) كالوقف على المسجد بخلافه على معين وأولاده فإنه لايصح وإن جعل آخره للفقراء كما أوضحه العلامة عبد البر بن الشحنة ط (قوله ويؤجر) لأن بيت المال معد لمصالح المسلمين فإذا أبده على مصرفه الشرعي يثاب لاسيما إذا كان يخاف عليه أمراء الجور الذين يصرفونه في غير مصرفه الشرعي ، فيكون قد منع من يجيء منهم ويتصرف ذلك التصرف ذكره العلامة عبد البر ط ومفاده أنه إرصاد لاوقف حقيقة كما قدمناه (قوله قلت الخ) أصله مافي الخانية لو أن سلطانا أذن لقوم أن يجعلوا أرضا من أرضي بلدة حوانيت موقوفة على المسجد أو أمرهم أن يزيدوا في مسجدهم قالوا إن كانت البلدة فتحت عنوة ينفذ لأنها تصير ملكا للغانمين فيجوز أمر السلطان فيها ، وإذا فتحت صلحا تبقى على ملك ملاكها فلا ينفذ أمره فيها اه .

قلت : ومفاد التعليل أن المراد بالمفتوحة عنوة التي لم تقسم بين الغانمين إذ لوقسمت صارت ملكا لهم حقيقة فتأمل .

مطلب في إطلاق القاضي بيع الوقف للواقف أو لوارثه

(قوله أطلق القاضي) أي أجاز طعن الواني (قوله بيع الوقف) أي كله أوبعضه كما أفتى به المولى أبوالسعود فقال : إن لم يكن مسجدا وباعه برأي الحاكم يبطل وقفية ماباعه والباقي على ماكان كما نقله عنه المصنف في المنح

غير المسجل لوارث الواقف فباع صح) وكان حكما ببطلان الوقف لعدم تسجيله حتى لو باعه الواقف أو بعضه أو رجع عنه ووقفه لجهة أخرى ، وحكم بالثانى قبل الحكم بلزوم الأول صح الثانى لوقوعه فى محل الاجتهاد كما حققه المصنف

(قوله غير المسجل) معنى قولهم مسجلا أى محكوما بلزومه بأن صار اللزوم حادثة وقع التنازع فيها فحكم القاضى باللزوم بوجهه الشرعى رملى ، وسمى مسجلا لأن المحكوم به يكتب فى سجل القاضى (قوله وكان حكما ببطلان الوقف) الضمير فى كان عائد إلى إطلاق القاضى وعبارة البزازية كان حكما بصحة بيع الوقف اه والظاهر أن الحكم (١) ببطلان الوقف يكون بعد بيعه تأمل (قوله كما حققه المصنف) حيث ذكر أن هذا ليس مبنيا على قول الإمام فقط بعدم لزوم الوقف قبل التسجيل ، بل هو صحيح على قولهما أيضا لوقوعه فى فصل مجتهد فيه كما صرح به فى البزازية ، ويؤيده قول قارىء الهداية إذا رجع الواقف عما وقفه قبل الحكم بلزومه صح عنده لكن الفتوى على خلافه وأنه يلزم بلا حكم ومع ذلك إذا قضى بصحة الرجوع قاض حنفى صح ونفذ فإذا وقفه ثانيا على جهة أخرى وحكم به حاكم صح ولزم وصار المعتبر الثانى لتأيده بالحكم اه . وبه يندفع ماذكره العلامة قاسم ومن تبعه من عدم النفاذ معللا بأنه قضاء بالمرجوح اه وليس كذلك لما فى السراجية من تصحيح أن المفتى يفتى بقول الإمام على الإطلاق ، ثم بقول أبى يوسف ، ثم بقول محمد ثم بقول زفر ، والحسن بن زياد ، ولا يتخير إذا لم يكن مجتهدا وقول الإمام مصحح أيضا فقد جزم به بعض أصحاب المتون : ولم يعولوا على غيره ورجحه ابن كمال فى بعض مؤلفاته ، وإذا كان فى المسألة قولان مصححان يجوز القضاء والإفتاء بأحدهما هذا حاصل ماذكره المصنف وفيه نظر . فإن كتب المذهب مطبقة على ترجيح قولهما بلزومه بلا حكم وبأنه المفتى به وفى الفتح : أنه الحق كما مر فعلى المفتى والقاضى العمل به وأما قوله جزم به بعض أصحاب المتون الخ ففيه أنهم ذكروا أولا قول الإمام ، لكون المتون موضوعة لنقل مذهبه ثم ذكروا قولهما وفرعوا عليه . وأما قول السراجية إن المفتى يفتى بقول الإمام على الإطلاق ، ولا يتخير فذاك فى غير ماصرح أهل المذهب بترجيح خلافه ، ولذا قال إذا لم يكن مجتهدا ، ولاشك أن أهل الاجتهاد فى المذهب رجحوا قولهما ، فعلينا اتباع ترجيحهم وإلا كان عبثا كما رجحوا قولهما فى المزارعة والحجر فثبت أن قوله مرجوح والقضاء بالمرجوح غير صحيح : وأما ما أفتى به قارىء الهداية فقد أفتى نفسه بخلافه وقال لكن الفتوى على قولهما أنه لايشترط للزومه شىء مما شرطه أبو حنيفة ، فعلى هذا الوقف هو الأول ومافعله ثانيا لااعتبار به إلا إن شرطه فى وقفه اه وعن هذا قال فى البحر : ولو قضى الحنفى بصحة بيعه فحكمه باطل لأنه لايصح إلا بالصحيح المفتى به ، فهو معزول بالنسبة إلى القول الضعيف ولذا قال فى القنية فالبيع باطل ولو قضى القاضى بصحته وقد أفتى به العلامة قاسم وأما ماأفتى به قارىء الهداية من صحة الحكم ببيعه قبل الحكم بوقفه فمحمول على أن القاضى مجتهد أو سهو منه اه فافهم :

[تنبيه] صريح كلام القنية المذكور أن البيع باطل لافاسد قال المقدسى فى شرحه : وقد وقع فيه اختلاف وأفتى بعض مشايخ العصر بفساده ورتب عليه ملك المشترى إياه والصحيح أنه باطل ، وقد بينا ذلك فى رسالة لما وقع الاختلاف فى البلاد الرومية وأفتى مفتيها بسريان الفساد إذا بيع ملك ووقف صفقة واحدة ، وخالفه شيخنا السيد الشريف محيى الدين الشهير بمعلول أمير وألف جماعة من المصريين رسائل فى ذلك حتى الشافعية كالشيخ

---

(١) (قوله والظاهر أن الحكم الخ) فيه أنه يقتضى اشتراط تقدم الدعوى والمنازعة والأمر ليس كذلك بل مجرد الإذن كاف فى صحة البيع وإبطال الواقف اه .

وأفتى به تبعا لشيخه وقارئ الهداية والمنلا أبى السعود :

قلت : لكن حمله فى النهر على القاضى المجتهد فراجعه (ولو) أطلق القاضى البيع (لغيره) أى غير الوارث (لا) يصح بيعه لأنه إذا بطل عاد إلى ملك الوارث ، وبيع ملك الغير لايجوز درر يعنى بغير طريق شرعى لما فى العمادية باع القيم الوقف بأمر القاضى ورأيه جاز :

قلت : وأما المسجل لو انقطع ثبوته وأراد أولاد الواقف إبطاله فقال المفتى أبو السعود فى معروضاته قد منع القضاة من استماع هذه الدعوى انتهى فليحفظ (الوقف فى مرض موته كهبة فيه) من الثلث مع القبض (فإن خرج)

ناصر الدين الطبلاوى ، لما وقع بين قاضى القضاة نور الدين الطرابلسى وقاضى القضاة محيى الدين ابن إلياس اهـ (قوله وأفتى به) أى المصنف فى فتاواه (قوله تبعا لشيخه) أى صاحب البحر فى فتاواه ، وقد علمت أنه فى بحره ماارتضاه (قوله لكن حمله فى النهر) أى تبعا للبحر كما علمت ومثل القاضى المجتهد من قلد مجتهدا يراه أفاده ح :

مطلب بيع الوقف باطل لا فاسد

(قوله لايصح بيعه) يفيد أن إطلاق القاضى بيع الوقف لغير الوارث حكم ببطلان الوقف ، ويعود إلى ملك الوارث غايته أن بيع غير الوارث باطل ، لأنه باع ملك الغير لكن ينبغى أن يكون البيع صحيحا موقوفا على إجازة الوارث كما لايخفى اهـ ح لكن ليس فى كلام الشارح ما يوجب البطلان ، لأن قوله لايصح ، وقوله : لايجوز لايقتضيه وليس فى كلامه أيضا ما يقتضى بطلان الوقف بمجرد إطلاق القاضى بيعه لغير الوارث ، وقوله : لأنه إذا بطل يعنى بعد البيع (قوله لما فى العمادية باع القيم الخ) ينبغى أن يكون هذا فى صورة الاستبدال اهـ ح وعليه فالمراد بالمسوغ الشرعى وجود شرائط الاستبدال وقيد بأمر القاضى لأن الاستبدال إذا لم يشرطه الواقف لايجوز لغير القاضى كما مر :

مطلب فى الوقف إذا انقطع ثبوته

(قوله وأما المسجل الخ) ظاهره أنه مقابل قول المتن غير المسجل ، فيكون المراد به المحكوم بلزومه وهذا لاشبهة فى عدم صحة بيعه مالم يصل إلى حال يجوز استبداله ، وأما لو انقطع ثبوته ففى الخصاف : أن الأوقاف التى تقادم أمرها ومات شهودها فما كان لها رسوم فى دواوين القضاة ، وهى فى أيديهم أجريت على رسومها الموجودة فى دواوينهم استحسانا إذا تنازع أهلها فيها ومالم يكن لها رسوم فى دواوين القضاة القياس فيها عند التنازع أن من أثبت حقا حكم له به اهـ وسيأتى تمامه فى الفروع :

مطلب الوقف فى مرض الموت

(قوله الوقف فى مرض موته كهبة فيه) أى فى مرض الموت أقول : إلا أنه إذا وقف على بعض الورثة ولم يجزه باقيهم لايبطل أصله ، وإنما يبطل ماجعل من الغلة لبعض الورثة دون بعض . فيصرف على قدر مواريثهم عن الواقف مادام الموقوف عليه حيا ، ثم يصرف بعد موته إلى من شرطه الواقف ، لأنه وصية ترجع إلى الفقراء وليس كوصية لوارث ليبطل أصله بالرد نص عليه هلال رحمه الله تعالى فتنبه لهذه الدقيقة شرنبلالية وقدمنا تمام الكلام عليه عند قول المصنف أو بالموت (قوله من الثلث مع القبض) خبر ثان عن قوله الوقف ، أومتعلق بمحذوف وعبارة الدرر فيعتبر من الثلث ويشترط فيه مايشترط فيها من القبض والإفراز اهـ وأصله فى الخانية حيث

الوقف (من الثلث أو أجازه الوارث نفذ فى الكل وإلا بطل فى الزائد على الثلث) ولو أجاز البعض جاز بقدره وبطل وقف راهن معسر ومريض مديون بمحيط بخلاف صحيح او قبل الحجر

قال فيها قال الشيخ الإمام ابن الفضل : الوقف على ثلاثة أوجه إما فى الصحة أوفى المرض ، أوبعد الموت فالقبض والإفراز شرط فى الأول كالهبة ، دون الثالث ، لأنه وصية وأما الثانى ، فكالأول وإن كان يعتبر من الثلث كالهبة فى المرض . وذكر الطحاوى أنه كالمضاف إلى مابعد الموت وذكر السرخسى أن الصحيح : أنه كوقف الصحة حتى لايمنع الإرث عند أبى حنيفة ، ولايلزم إلا أن يقول فى حياتى وبعد مماتى اه ملخصا وبه علم أن المراد بالقبض قبض المتولى وهو مبنى على قول محمد باشتراط التسليم والإفراز كمامر بيانه ، وإن الخلاف فى كون وقف المرض كوقف الصحة أو كالمضاف إلى مابعد الموت ثمرته فى كونه لايلزم على قول الإمام ، فإذا مات يورث عنه كوقف الصحة أو يلزم فلا يورث كالمضاف ، وحيث مشى الشارح على ترجيح قول أبى يوسف بعدم اشتراط القبض كان الأولى له حذف قوله مع القبض ولئلا يوهم أن المراد قبض الموقوف عليه (قوله أو أجازه الوارث) أى وإن لم يخرج من الثلث (قوله وإلا بطل) إلا أن يظهر له مال آخر إسعاف وخانية (قوله ولو أجاز البعض) أى بعض الورثة جاز بقدره أى نفذ مما زاد على الثلث ماأجازه وبطل باقى مازاد . وصورته : لوكان ماله تسعة ووقف فى مرضه ستة ومات عن ثلاثة أولاد فأجاز أحدهم نفذ فى واحد فيصح الوقف من أربعة ، وسيأتى فى كتاب الوصايا لو أجاز البعض ورد البعض جاز على المجيز بقدر حصته وسيأتى بيانه إن شاء الله تعالى (قوله وبطل وقف راهن معسر) فيه مسامحة والمراد أنه سيبطل ففى الإسعاف وغيره : لووقف المرهون بعد تسليمه صح ،وأجبره القاضى على دفع ماعليه إن كان موسرا وإن كان معسرا أبطل الوقف وباعه فيما عليه اه وكذا لو مات فإن عن وفاء عاد إلى الجهة وإلا بيع وبطل الوقف كما فى الفتح (قوله ومريض مديون بمحيط) أى بدين محيط بماله فإنه يباع وينقض الوقف بحر . ويأتى محترز المحيط وفى طعن الفواكه البدرية الدين المحيط بالتركة مانع من نفوذ الإعتاق والإيقاف والوصية بالمال والمحاباة فى عقود العوض فى مرض الموت إلا بإجازة الدائنين وكذا يمنع من انتقال الملك إلى الورثة فيمنع تصرفهم إلا بالإجازة اه (قوله بخلاف صحيح) أى وقف مديون صحيح فإنه يصح ولو قصد به المماطلة ، لأنه صادف ملكه كما فى أنفع الوسائل عن الذخيرة قال فى الفتح: وهو لازم لاينقضه أرباب الديون إذا كان قبل الحجر بالإتفاق لأنه لم يتعلق حقهم فى حال صحته اه وبه أفتى فى الخيرية من البيوع وذكر أنه أفتى به ابن نجيم وسيأتى فيه كلام عن المعروضات (قوله لوقبل الحجر) أما بعده فلا يصح وقدمنا أول الباب عند قوله وشرطه شرط سائر التبرعات عن الفتح أنه لو وقفه على نفسه ، ثم على جهة لاتنقطع ينبغى أن يصح على قول أبى يوسف المصحح وعند الكل إذا حكم به حاكم اه وتقدم هناك الكلام عليه .

وحاصله : أن وقفه على نفسه ليس تبرعا (١) بقى أن عدم صحة وقف المحجور إنما يظهر على قولهما بصحة حجر السفيه أما على قوله فلا لأنه لايرى صحة حجره فيبقى تصرفه نافذا وعن هذا حكم بعض القضاة بصحة وقفه لأن القضاء بحجره لايرفع الخلاف لوقوع الخلاف فى نفس القضاء كما صرح به فى الهداية ، فيصح الحكم بصحة تصرفه عند الإمام ، فيصح وقفه لكن الحكم بلزومه مشكل لأن الإمام وإن قال بصحة تصرفه لكنه لايقول بلزوم الوقف والقائل بلزومه لايقول بصحة تصرف المحجور فيصير الحكم بلزوم وقفه مركبا من مذهبين هذا حاصل

(١) (قوله ليس تبرعا) أى وهو إنما يحجر عن التبرع قال شيخنا وفيه نظر فإنه وإن لم يكن متبرعا بالغلة لكنه تبرع بما هو أعظم منها وهو العين فحينئذ يكون وقفه باطلا على رأى مصحح الحجر اه .

فإن شرط وفاء دينه من غلته صح وإن لم يشرط يوفى من الفاضل عن كفايته بلا سرف ولو وقفه على غيره فغلته لمن جعله له خاصة فتاوى ابن نجيم .

قلت : قيد بمحيط لأن غير المحيط يجوز فى ثلث مابقى بعد الدين لوله ورثة وإلا فنى كله ، فلو باعها القاضى ثم ظهر مال شرى به أرض بدلها وتمامه فى الإسعاف فى باب وقف المريض وفى الوهبانية :

وإن وقف المرهون فافتكه يجز فإن مات عن عين تنى لا يغير

أى وإلا فيبطل أو للعلة يمهل فليتأمل .

قلت : لكن فى معروضات المفتى أبى السعود سئل عمن وقف على أولاده وهرب من الديون هل يصح :

ماذكره فى أنفع الوسائل وأجاب عنه بأنه فى منية المفتى جوز الحكم الملفق ، وقدمنا مافيه عند الكلام على وقف المشاع (١) (قوله فإن شرط وفاء دينه) أى وقفه على نفسه وشرط وفاء دينه منه كما فى فتاوى ابن نجيم وحذفه الشارح استغناء بالمقابل وهو قوله ولو وقفه على غيره اهـ ح (قوله يوفى من الفاضل عن كفايته) أى إذا فضل من غلة الوقف شىء عن قوته فللغرماء أن يأخذوا منه لأن الغلة بقيت على ملكه ذخيرة (قوله لوله ورثة) أى ولم يجيزوا فقوله وإلا أى وإن لم يكن له ورثة أوكان وأجازوا اهـ ح (قوله فلو باعها القاضى) أى فى صورة المحيط اهـ ح (قوله أى وإلا فيبطل) بالبناء للمجهول وهذا تصريح بالمفهوم : أى وإن لم يمت عن مال يفى بما عليه من الدين ، فإن الوقف يغير أى يبطله القاضى ، ويبيعه للدين قال الشرنبلالى فى شرح الوهبانية : وهذا يخالف عتق العبد الرهن لايباع ، ويسعى فى الدين إن لم يزد على قيمته ، ولا يبطل العتق . وبحث فاضل فقال : ينبغى أن لايبطل الوقف ويؤخذ من غلته لوفاء الدين كسعاية العبد إذا لم يقدر بزمن . والجامع بينهما التحرير فإن الوقف تحرير عن البيع وتعلق حق الغير يقضى من ريعه كسعاية العبد بل إنه أمكن إذ قد يموت العبد قبل أداء السعاية والعقار باق رعاية للمصلحة فليتأمل اهـ مافى شرح الوهبانية .

قلت : وفيه نظر لظهور الفرق بين الوقف والعبد ، فإن العتق عقد لازم واستهلاك للرهن من كل وجه بخلاف الوقف ، فإنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة عند الإمام ، ولهذا يدوم الثواب بدوامه لبقائه على ملكه ، وقد وقع الخلاف فى عوده إلى ملك الواقف بعد خرابه . وفى جواز بيعه إذا أطلقه القاضى للواقف أو وارثه كما مر بخلاف العبد بعد العتق فإنه لاخلاف فى عدم عوده إلى الملك ، فلذا كان الوقف موقوفا على الفكاك فإذا افتكه نفذ ، وإن لم يفتكه حتى مات وترك مالا فإنه يفتك منه ، وإن لم يترك مالا يبطل لتعذر الفكاك من العين بدونه والمنفعة كالكسب خارجة عن الرهن ، فإن الذى كان للمرتهن فيه حق الحبس إنما هو العين ، وأما العبد فلا يمكن رده بعد العتق إلى الملك بوجه فلذا يستسعى ولأن العتق من أول الأمر صدر منجزا غير موقوف بخلاف الوقف هذا ماظهر لى (قوله أو للغلة يمهل) حكاية قول آخر فليست أوفيه للتخيير ، لكن علمت أن هذا القول بحث غير منقول ، وأنه قياس مع الفارق فهو غير مقبول (قوله قلت لكن الخ) استدراك على قوله صحيح اهـ ح والأقرب أنه استدراك على مافى الوهبانية فإنه فى معناه أيضا .

---

(١) (قوله على وقف المشاع) حاصل ما تقدم إن التلفيق الممنوع إنما هو التلفيق بين مذهبين أجنبيين فحينئذ لا يكون هذا الحكم باطلا خصوصا وقد قيل أن كل قول للصاحبين مروى عن الإمام اهـ وعلى هذا ما فى المنية .

فأجاب : لايصح ولا يلزم والقضاة ممنوعون من الحكم وتسجيل الوقف بمقدار ماشغل بالدين انتهى فليحفظ (الوقف) على ثلاثة أوجه (إما للفقراء أو للأغنياء ثم الفقراء أو يستوى فيه الفريقان كرباط وخان ومقابر وسقايات وقناطر ونحو ذلك) كمساجد وطواحين وطست لاحتياج الكل لذلك بخلاف الأدوية فلم يجز لغنى بلا تعميم أو تنصيص فيدخل الأغنياء تبعا للفقراء قنية . [فرع] أقر بوقف صحيح (١) وبأنه أخرجه من يده ووارثه يعلم خلافه جاز الوقف ولا تسمع دعوى وارثه قضاء درر وفى الوهبانية :

وتبطل أوقاف امرىء بارتداده . . . . :

مطلب فى وقف الراهن والمريض المديون

(قوله فأجاب لايصح ولايلزم الخ) هذا مخالف لصريح المنقول كما قدمناه عن الذخيرة والفتح إلا أن يخصص بالمريض المديون وعبارة الفتاوى الاسماعيلية لاينفذ القاضى هذا الوقف ويجبر الواقف على بيعه ووفاء دينه والقضاة ممنوعون عن تنفيذه كما أفاده المولى أبو السعود اه وهذا التعبير أظهر وحاصله أن القاضى إذا منعه السلطان عن الحكم به كان حكمه باطلا لأنه وكيل عنه ، وقد نهاه الموكل صيانة لأموال الناس ، ويكون جبره على بيعه من قبيل إطلاق القاضى بيع وقف لم يسجل وقد مر الكلام فيه وينبغى ترجيح بطلان الوقف بذلك للضرورة (قوله أو للأغنياء ثم الفقراء) أما للأغنياء فقط فلم يجز ، لأنه ليس بقربة كما مر أول الباب (قوله كمساجد الخ) وكذا مصاحف مساجد وكتب مدارس كما هو ظاهر مامر عند قوله ومنقول فيه تعامل (قوله لاحتياج الكل لذلك) أى للنزول فى الخان والشرب من السقاية الخ زاد فى الهداية أن الفارق بين الموقوف للغلة ، وبين هذا هو العرف فإن أهل العرف يريدون بذلك فى الغلة للفقراء وفى غيرها التسوية بينهم وبين الأغنياء (قوله بخلاف الأدوية) أى الموقوفة فى البيمارخانة فإن الحاجة إليها دون الحاجة إلى السقاية ، فإن العطشان لو ترك شرب الماء يأثم ، ولو ترك المريض التداوى لايأثم أفاده ح عن المنح (قوله فيدخل الأغنياء تبعا) هذا فى التعميم أما فى التنصيص فهم مقصودون اه ح (قوله وبأنه أخرجه من يده) أى سلمه إلى المتولى على قول محمد بأن ذلك شرط ، وقوله صحيح يغنى عنه ، لأن صحة الوقف باستيفاء شروطه (قوله ووارثه يعلم خلافه) أى أنه لم يقفه ولم يخرجه من يده درر (قوله قضاء) أما فى الديانة فتسمع دعواه يعنى يسوغ له السعى فى إبطاله ، وأخذه لنفسه حيث علم أن إقرار مورثه كاذب فى نفس الأمر وأنه باق على ملكه ، لأن الحكم بجوازه إنما هو بناء على ماأقر به لا على نفس الأمر :

مطلب فى وقف المرتد

(قوله وتبطل أوقاف امرئ بارتداده الخ) لا محل لذكره هنا ، ومحله أول الباب ، وقد ذكره هناك عن الفتح :

وحاصله مسألتان : إحداهما : لو وقف ، ثم ارتد والعياذ بالله تعالى بطل وقفه ، وإن عاد إلى الإسلام ، مالم يعد وقفه بعد عوده لحبوط عمله بالردة ونظر فيه ابن الشحنة فى شرحه بأن الحبوط فى إبطال الثواب ، لا فيما تعلق به حق الفقراء ، وأجاب الشرنبلالى فى شرحه بما فى الإسعاف ، من أنه لما جعل آخره للمساكين وذلك قربة فبطل اه :

---

(١) (قول الشارح أقر بوقف صحيح) برفع صحيح فاعل أقر لإخراج المريض فإن وقفه إنما ينفذ من الثلث اه .

فحال ارتداد منه لا وقف أجدر

فصل يراعى شرط الواقف فى إجارته

فلم يزد القيم بل القاضى لأن له ولاية النظر لفقير وغائب وميت (فلو أهمل الواقف مدتها قبل تطلق) الزيادة القيم (وقيل تقيد بسنة) مطلقا (وبها) أى بالسنة (يفتى فى الدار وبثلاث سنين فى الأرض)

قلت : وهذا الجواب غير ملاق للسؤال وإنما ذكره فى الإسعاف جوابا عن سؤال آخر ، وهو أنه إذا وقفه على قوم بأعيانهم لم يكن قربة فأجاب بما ذكر :

فالجواب الصحيح : أن الوقف على الفقراء قربة باقية إلى حال الردة والردة تبطل القربة التى قارنتها كما لو ارتد فى حال صلاته أو صومه ، بخلاف ما إذا ارتد بعد صلاته أو صيامه ، فإنه لا يبطل نفس الفعل ، بل ثوابه فقط وأما حق الفقراء ، فإنما هو فى الصدقة فقط ، فإذا بطل التصدق الذى هو معنى الوقف بطل حقهم ضمنا وإن كان لا يمكن إبطاله قصدا كما يبطل فى خراب الوقف وخروجه عن المنفعة هذا ما ظهر لى فافهم :

الثانية : لو وقف فى حال ردته فهو موقوف عند الإمام ، فإن عاد إلى الإسلام صح وإلا بأن مات أو قتل على ردته أو حكم بلحاقه بطل ، ولا رواية فيه عن أبى يوسف ، وعند محمد يجوز منه ما يجوز من القوم الذين انتقل إلى دينهم ويصح وقف المرتدة لأنها لا تقتل إلا أن يكون على حج أو عمرة ونحو ذلك فلا يجوز كما فى شرح الوهبانية ملخصا (قوله فحال ارتداد) منصوب على الظرفية متعلق باسم لا وأجدر أى أحق خبرها ، والمعنى لا يكون الوقف حال الردة أحق بالبطلان من الوقف قبلها بل ذاك أحق بالبطلان لعدم توقفه هذا ما ظهر لى فافهم والله سبحانه أعلم :

فصل

هذا الفصل مشتمل على بيان أحكام إجارة الوقف وغصبه والشهادة عليه والدعوى به ، والمتولى عليه وما يتبع ذلك وزاد فيه الشارح فروعا مهمة وفوائد جمة (قوله يراعى شرط الواقف فى إجارته) أى وغيرها لما سيأتى فى الفروع من أن شرط الواقف كنص الشارح كما سيأتى بيانه إلا فى مسائل تقدمت (قوله فلم يزد القيم الخ) يعنى إذا شرط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنة ، والناس لا يرغبون فى استئجارها وكانت إجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء ، فليس للقيم أن يؤجرها أكثر من سنة بل يرفع الأمر للقاضى ، حتى يؤجرها ، لأن له ولاية النظر للفقراء والغائب والميت ، وإن لم يشترط الواقف فللقيم ذلك بلا إذن القاضى كما فى المنح عن الخانية ، ولو استثنى فقال لا تؤجر أكثر من سنة إلا إذا كان أنفع للفقراء فللقيم ذلك إذا رآه خيرا بلا إذن القاضى إسعاف (قوله لفقير) أى فيما إذا كان الوقف على الفقراء ، ومثله الوقف على المسجد ، وكذا الوقف على أولاد الواقف ، لأن منهم الفقير والغائب بل ومن لم يخلق عند الإجارة (قوله وغائب وميت) فإنه يحفظ اللقطة ومال المفقود ومال الميت إلى أن يظهر له وارث أو وصى (قوله وقيل تقيد بسنة) لأن المدة إذا طالت تؤدى إلى إبطال الوقف ، فإن من رآه يتصرف بها تصرف الملاك على طول الزمان يظنه مالكا إسعاف (قوله مطلقا) أى فى الدار والأرض ح (قوله وبثلاث سنين فى الأرض) أى إذا كان لا يتمكن المستأجر من الزراعة فيها إلا فى الثلاث كما قيده المصنف تبعا للدرر حيث قال : يعنى أن الأرض إن كانت مما تزرع فى كل سنتين مرة ، أو فى كل ثلاث كان له أن يؤجرها مدة يتمكن فيها من الزراعة اهـ ، ومثله فى الإسعاف وكذا فى الخانية لكن ذكر فيها بعد ذلك قوله وعن الإمام أبى حفص البخارى أنه كان يجيز إجارة الضياع ثلاث سنين ، فإن آجر أكثر اختلفوا فيه وأكثر مشايخ بلخ لا يجوز وقال غيرهم : يرفع الأمر إلى القاضى حتى يبطله وبه أخذ الفقيه أبو الليث اهـ وظاهره جواز الثلاث بلا تفصيل تأمل وأن مختار الفقيه جواز الأكثر ، ولكن للقاضى

إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك وهذا مما يختلف زمانا وموضعا وفى البزازية : لو احتيج لذلك يعقدعقودا فيكون العقد الأول لازما لأنه ناجز والثانى لا لأنه مضاف .

إبطالها أى إذا كان أنفع للوقف ، ثم رأيت الشرنبلالى اعترض على الدرر بأنه أخرج المتن عن ظاهره والفتوى على إطلاق المتن كما أطلقه شارح المجمع ، وهو قول الإمام أبى حفص الكبير اه .

واعلم أن المسألة فيها ثمانية أقوال ذكرها العلامة قنالى زاده فى رسالته أحدها : قول المتقدمين عدم تقدير الإجارة بمدة ورجحه فى أنفع الوسائل ، والمفتى به ماذكره المصنف خوفا من ضياع الوقت كما علمت (قوله إلا إذا كانت المصلحة بخلاف ذلك) هذا أحد الأقوال الثمانية ، وهو ماذكره الصدر الشهيد من أن المختار أنه لايجوز فى الدور أكثر من سنة إلا إذا كانت المصلحة فى الجواز ، وفى الضياع يجوز إلى ثلاث سنين إلا إذا كانت المصلحة فى عدم الجواز وهذا أمر يختلف باختلاف المواضع واختلاف الزمان اه وعزاه المصنف إلى أنفع الوسائل وأشار الشارح إلى أنه لايخالف مافى المتن ، لأن أصل عدول المتأخرين عن قول المتقدمين بعدم التوقيت إلى التوقيت إنما هو بسبب الخوف على الوقف فإذا كانت المصلحة الزيادة أو النقص اتبعت ، وهو توفيق حسن .

ومن فروع ذلك مافى الإسعاف : دار لرجل فيها موضع وقف بمقدار بيت واحد ، وليس فى يد المتولى شئ من غلة الوقف وأراد صاحب الدار استئجارها مدة طويلة قالوا إن كان لذلك الموضع مسلك إلى الطريق الأعظم لايجوز له أن يؤجره مدة طويلة لأن فيه إبطال الوقف وإن لم يكن له مسلك جاز اه وفى فتاوى قارئ الهداية إذا لم تحصل عمارة الوقف إلا بذلك يرفع الأمر للحاكم ليؤجره أكثر اه أى إذا احتيج إلى عمارته من أجرته يؤجره الحاكم مدة طويلة بقدر مايعمر به .

[تنبيه] محل ماذكر من التقييد ما إذا كان المؤجر غير الواقف لما فى القنية آجر الواقف عشر سنين ثم مات بعد خمس وانتقل إلى مصرف آخر انتقضت الإجارة (١) ويرجع بما بقى فى تركة الميت اه تأمل .

مطلب أرض اليتيم وأرض بيت المال فى حكم أرض الوقف

ثم إن أرض اليتيم فى حكم أرض الوقف كما ذكره فى الجوهرة ، وأفتى به صاحب البحر والمصنف كذا أرض بيت المال كما أفتى به فى الخيرية وقال من كتاب الدعوى إن أراضى بيت المال جرت على رقبتها أحكام الوقوف المؤبدة (قوله لو احتيج لذلك) أى الإيجار إلى مدة زائدة عن التقدير المذكور أى بأن لم تحصل عمارة الوقف إلا بذلك كما ذكرناه آنفا عن قارئ الهداية . (قوله يعقد عقودا) أى عقودا مترادفة كل عقد سنة بكذا خانية والظاهر أن هذا فى الدار أمافى الأرض فيصح كل عقد ثلاث سنين . وصورة ذلك أن يقول : آجرتك الدار الفلانية سنة تسع وأربعين بكذا وآجرتك إياها سنة خمسين بكذا وآجرتك إياها سنة إحدى وخمسين بكذا وهكذا إلى تمام المدة .

مطلب فى لزوم الأجرة المضافة تصحيحان

(قوله والثانى لا) أى لايكون لازما وأراد بالثانى ماعدا العقد الأول ، لأن جميع ماعداه مضاف لكن قال قاضيخان وذكر شمس الأئمة السرخسى : أن الإجارة المضافة تكون لازمة فى إحدى الروايتين وهو الصحيح ، وأيضا اعترض

---

(١) (قوله انتقضت الإجارة الخ) هذا خلاف المعتمد والأصح عدم انتقاضها فى الوقت بموت المؤجر ولو هو الواقف اه.

قلت : لكن قال أبو جعفر الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو بعقود ذكره الكرمانى فى الباب التاسع عشر وأقره قدرى أفندى وسيجىء فى الإجارة (ويؤجر) بأجر (المثل) ف (لا) يجوز (بالأقل)

قاضيخان قولهم إن احتاج القيم إلى تعجيل الأجرة يعقد عقودا مترادفة بأنهم أجمعوا على أن الأجرة لا تملك فى الإجارة المضافة بإشتراط التعجيل : أى فيكون للمستأجر الرجوع بما عجله من الأجرة فلا يكون هذا العقد مفيدا لكن أجاب العلامة قنالى زادة بأن رواية عدم لزوم الإجارة المضافة مصححة أيضا وبأن قاضيخان نفسه أجاب فى كتاب الإجارات عن الثانى بقوله : لكن يجاب عنه بأن ملك الأجرة عند التعجيل فيه روايتان : فيؤخذ برواية الملك هنا للحاجة ، وهذا ينافى دعواه الإجماع هنا :

قلت : وقد ذكر الشارح فى أواخر كتاب الإجارة أن رواية عدم اللزوم تأيدت بأن عليها الفتوى ، أى فتكون أصح التصحيحين لأن لفظ الفتوى فى التصحيح أقوى ، لكن أنت خبير بأن رواية عدم اللزوم هنا لا تنفع لأنه يثبت للمستأجر الفسخ فيرجع بما عجله من الأجرة وإن قلنا إنها تملك بالتعجيل فينبغى (١) هنا ترجيح رواية اللزوم للحاجة نظير ما قاله قاضيخان فى رواية الملك .

مطلب فى الإجارة الطويلة بعقود

(قوله الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو بعقود) أى لتحقق المحذور المار فيها ، وهو أن طول المدة يؤدى إلى إبطال الوقف كما فى الذخيرة :

قلت : لكن الكلام هنا عند الحاجة فإذا اضطر إلى ذلك لحاجة عمارة الوقف بتعجيل أجرة سنين مستقبلة يزول المحذور الموهوم عند وجود الضرر المتحقق فالظاهر تخصيص بطلان هذه الإجارة بما عدا هذه الصورة وهو جعلها حيلة لتطويل المدة فتدبر : ثم رأيت ط نقل عن الهندية أن بعض الصكاكين أرادوا بهذه الإجارة إبقاء الوقف فى يد المستأجر أكثر من سنة فقال الفقيه أبو جعفر : إنا نبطلها صيانة للوقف وعليه الفتوى كذا فى المضمرات اه ملخصا وأنت خبير بأن هذا دليل على ما قلنا من أن إبطالها عند عدم الحاجة فلا يناسب ذكره هنا فافهم :

مطلب لا يصح إيجار الوقف بأقل من أجرة المثل إلا عن ضرورة

(قوله فلا يجوز بالأقل) أى لا يصح إذا كان بغبن فاحش كما يأتى قال فى جامع الفصولين إلا عن ضرورة وفى فتاوى الحانوتى شرط إجارة الوقف بدون أجرة المثل إذا نابته نائبة أو كان دين اه :

مطلب فى استئجار الدار لمرصد بدون أجرة المثل

قلت : ويؤخذ منه ومما عزاه للأشباه جواز إجارة الدار التى عليها مرصد بدون أجرة المثل ، ووجه ذلك : أن المرصد دين على الوقف ينفقه المستأجر لعمارة الدار لعدم مال حاصل فى الوقف فإذا زادت أجرة مثلها بهذه العمارة

---

(١) (قوله فينبغى الخ) فيه أنه لا حاجة حينئذ لتعداد العقود بل يكفى عقد فقد وجد المحظور فى كل من الروايتين قال شيخنا ويمكن أن نختار رواية عدم اللزوم ولا نسلم قول المحشى إنها لا تنفع لأنه إذا فسخ المستأجر بعد صرف الناظر ما أخذه منه يكون ماله دينا على الوقف يأخذه عند حصول غلة فهنا قد وجد الفسخ ومع ذلك قد حصلت المنفعة للوقف فى الجملة اه .

ولو هو المستحق قارىء الهداية إلا بنقصان يسير أو إذا لم يرغب فيه إلا بأقل أشباه (فلو رخص أجره) بعد العقد (لا يفسخ العقد) للزوم الضرر (ولو زاد) أجره (على أجر مثله

التي صارت للوقف لاتلزمه الزيادة لأنه إذا أراد الناظر إيجار هذه الدار لمن يدفع ذلك المرصد لصاحبه لايرضى باستئجارها بأجرة مثلها الآن لكن أفتى فى الخيرية بلزوم الأجرة الزائدة ولعله محمول على ما إذا كان فى الوقف مال وأراد الناظر دفع المرصد منه فحينئذ لاشك فى لزوم الزيادة فتأمل (قوله ولو هو المستحق) الضمير راجع للمؤجر وعبارة قارئ الهداية سئل عن مستحق لوقف عليه هو ناظره آجره بدون أجرة المثل هل يصح ذلك ، فأجاب : لايجوز ذلك وإن كان هو المستحق لما يصل إليه (١) من الضرر للوقف بالأجرة اه أى لاحتمال موته ، فيضر بمن بعده من المستحقين ، وربما يتضرر الوقف أيضا الآن إذا كان محتاجا للتعمير وأما مايوجد فى بعض نسخ الشرح من قوله لجواز أن يموت قبل انقضاء المدة وتفسخ هذه الإجارة اه فهو غير ظاهر لأنها لاتفسخ بموت الناظر على أن الضرر إنما هو فى إبقائها بالأجرة القليلة لافى فسخها لأنها إذا فسخت تؤجر بأجر المثل فلا يتضرر أحد تأمل ، ولايجوز إرجاع الضمير فى قوله ولو هو المستحق إلى المستأجر إذ الظاهر أنه لاضرر فيه على أحد بعده لانفساخها بموته فافهم (قوله إلا بنقصان يسير) هو مايتغابن الناس فيه إسعاف أى مايقبلونه ولا يعدونه غبنا .

مطلب ليس للناظر الإقالة

(قوله لايفسح العقد) أى لو طلب المستأجر فسخه لايجيبه الناظر للزوم الضرر على الوقف قال فى الفتح : وليس له الإقالة إلا إن كانت أصلح للوقف .

مطلب فيما زاد أجر المثل بعد العقد

(قوله ولو زاد أجره) أى بعد العقد على أجر مثله أى الذى كان وقت العقد ، وقيد فى الحاوى القدسى الزيادة بالفاحشة قال فى البحر ، وهو يدل على عدم نقضها باليسيرة ولعل المراد بالفاحشة مالا يتغابن الناس فيها كما مر فى طرف النقصان ، والواحد فى العشرة يتغابن الناس فيه كما ذكروه فى كتاب الوكالة ، وهذا قيد حسن يجب حفظه فإذا كانت أجرة دار عشرة مثلا وزاد أجر مثلها واحدا فإنها لاتنقض كما لو آجرها المتولى بتسعة فإنها لاتنقض بخلاف الدرهمين فى الطرفين اه .

قلت : لكن نقل البيرى وغيره عن الحاوى الحصيرى أن الزيادة الفاحشة مقدارها نصف ما آجر به أولا اه وأنت خبير بأن هذا يرد مابحثه فى البحر . نعم فى إجارات الخيرية مايفيد أن المراد بها قدر الخمس ، وهو عين مابحثه فى البحر وفى الخلاصة إن آجره المتولى بأجر مثله أو بقدر مايتغابن الناس فيه ، فإنه لاتنفسخ الإجارة وإن جاء آخر وزاد فى الأجرة درهمين فى عشرة فهو يسير حتى لو آجر بثمانية وأجر مثله عشرة لاتنفسخ اه فهذا صريح فى أن الخمس قليل فى طرفى الزيادة والنقصان ، فلا تنفسخ به الإجارة لكن فى وكالة البحر عن السراج أن مايتغابن الناس فيه نصف العشر أو أقل فلو أكثر فلا ثم نقل بعده تفصيلا وهو أن مايتغابن الناس فيه فى العروض نصف العشر وفى الحيوان العشر وفى العقار الخمس ، وماخرج عنه فهو مما لايتغابن فيه ، ووجهه كثرة التصرف فى العروض وقلته فى العقار وتوسطه فى الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف فهذا يؤيد بحث البحر هنا ، وعليه عمل الناس اليوم . وانظر مافى

---

(١) (قوله لما يصل إليه الخ) أى إلى المستحق لكن لا بالمعنى الأول يعنى المؤجر بل بمعنى المستحق الآتى ففيه استخدام اه .

قيل يعقد ثانيا به على الأصح) فى الأشباه ولو زاد أجر مثله فى نفسه بلا زيادة أحد فللمتولى فسخها به يفتى وما لم يفسخ فله المسمى (وقيل لا) يعقد به ثانيا (كزيادة) واحد (تعنتا) فإنها لاتعتبر ، وسيجىء فى الإجارة (والمستأجر الأول أولى من غيره إذا قبل الزيادة والموقوف عليه الغلة) أو السكنى

جامع الفصولين آخر الفصل السابع والعشرين ، فإنه نقل التفصيل ثم قال وقيل مالا يدخل تحت تقويم المقومين مما ليس له قيمة معلومة ، فلو علمت كفحم شراه بيسير الغبن لاينفذ على الموكل وبه يفتى ، ونقل الخير الرملى فى حاشيته عليه عن البحر والمنح وغيرهما أن الأخير هو الصحيح .

قلت : والظاهر أن القول بالتفصيل بيان لهذا القول تأمل .

[تنبيه] حرر فى البحر أن طريق علم القاضى بالزيادة أن يجتمع رجلان من أهل البصر والأمانة فيؤخذ بقولهما معا عند محمد وعندهما قول الواحد يكفى اه (قوله قيل يعقد ثانيا) أى مع المستأجر الأول كما نبه عليه بعده وقوله به أى بأجر المثل ، والمراد أنه يجدد العقد بالأجرة الزائدة ، والظاهر أن قبول المستأجر الزيادة يكفى عن تجديد العقد (قوله فى الأشباه الخ) هو عين مافى المتن لكنه نقله لأمور سكت عنها المتن . أولها : أنه ليس المراد بالزيادة مايشمل زيادة تعنت : أى إضرار من واحد أواثنين فإنها غير مقبولة بل المراد أن تزيد فى نفسها عند الكل كما صرح به الاسبيجابى ، وأفاد أن الزيادة من نفس الوقف لامن عمارة المستأجر بماله لنفسه كما فى الأرض المحتكرة لأجل العمارة كما مر قبل الفصل . ثانيها : التصحيح بأنه به يفتى فإنه أقوى . ثالثها : أنه لاينفسخ العقد بمجرد الزيادة بل يفسخه المتولى كما حرره فى أنفع الوسائل وقال فإن امتنع يفسخه القاضى . رابعها : أنه قبل الفسخ لايجب إلا المسمى وإنما تجب الزيادة بعده (قوله وقيل لايعقد به ثانيا) أى لايفسخ ولايعقد بناء على أن أجر المثل يعتبر وقت العقد ، وهذا رواية فتاوى سمرقند ، وعليها مشى فى التجنيس لصاحب الهداية والإسعاف والأولى رواية شرح الطحاوى بناء على أن الإجارة تنعقد شيئا فشيئا والوقف يجب له النظر .

(قوله والمستأجر الأول أولى الخ) تقييد لقوله يعقد ثانيا والمراد إذا كان مستأجرا إجارة صحيحة وإلا فلا حق له وتقبل الزيادة ويخرج كما فى البحر ، وقوله : إذا قبل الزيادة أى الزيادة المعتبرة عند الكل كما مر بيانها : فإن قبلها فهو الأحق وإلا آجرها من الثانى إذا كانت الأرض خالية من الزراعة ، وإلا وجبت الزيادة على المستأجر الأول من وقتها إلى أن يستحصد الزرع ، لأن شغلها بملكه يمنع من صحة إيجارها لغيره فإذا استحصد فسخ وأجر من غيره ، وكذا لو كان بنى فيها أو غرس ، لكن هنا يبقى إلى انتهاء العقد لأنه لانهاية معلومة للبناء والغراس بخلاف الزرع فإذا انتهى العقد فقد مر بيانه قبل الفصل فى قوله : وأما حكم الزيادة فى الأرض المحتكرة الخ وقدمنا أن المناسب ذكرها هنا .

مطلب مهم فى معنى قولهم المستأجر الأول أولى

[تنبيه] قد علم مما قررناه أن قولهم إن المستأجر الأول أولى إنما هو فيما إذا زادت أجرة المثل فى أثناء المدة قبل فراغ أجرته وقد قبل الزيادة ، أما إذا فرغت مدته ، فليس بأولى إلا إذا كان له فيها حق القرار ، وهو المسمى بالكردار على ماقدمناه مبسوطا فى مسألة الأرض المحتكرة من أن له الاستبقاء بأجرة المثل دفعا للضرر عنه مع عدم الضرر على الوقف وأن هذا مستثنى من إطلاق عبارات المتون والشروح المفيدة لوجوب القلع والتسليم بعد مضى مدة الإجارة فهذا وجه كونه أحق بالاستئجار من غيره ، وأما وجهه فى مسألة زيادة أجرة المثل فى أثناء

المدة ، فهو أن مدة إجارته قائمة لم تنقض ، وقد عرض فى أثنائها مايسوغ الفسخ وهو الزيادة العارضة ، فإذا قبلها ورضى بدفعها كان أولى من غيره لزوال ذلك المسوغ فى أثناء مدته ، فلا يسوغ فسخها وإيجارها لغيره ، بل تؤجر منه بالزيادة المذكورة إلى تمام مدته ثم يؤجرها ناظر الوقف لمن أراد وإن قبل المستأجر الأول الزيادة لزوال علة الأحقية وهى بقاء مدة إجارته إلا إذا كان له فيها حق القرار فهو أحق من غيره ، ولو بعد تمام المدة لهذه العلة الأخرى كما علمت . وبهذا ظهر أن المستأجر لأرض الوقف ونحوها من حانوت أودار ، إذا لم يكن له فيها حق القرار المسمى بالكردار لايكون أحق بالاستئجار بعد فراغ مدة استئجاره ، سواء زادت أجرة المثل أولا ، وسواء قبل الزيادة أولا خلافا لما يفهمه أهل زماننا من أنه أحق من غيره مطلقا ، ويسمونه ذااليد ويقولون : إنه متى قبل الزيادة العارضة لاتؤجر لغيره ويحكمون بذلك ويفتون به مع كونه مخالفا لما أطبقت عليه كتب المذهب من متون وشروح وفتاوى بل مستندهم إطلاق عبارة المصنف هنا ، وهو باطل قطعا لما علمت من أنه مصور فى زيادة أجرة المثل قبل انتهاء مدة (١) الإجارة كما هو صريح عباراتهم ، ولم يقل أحد بإطلاقه ولايخفى مع ذلك مافيه من الفساد وضياع الأوقاف حيث لزم من إبقاء أرض الوقف بيد مستأجر واحد مدة مديدة تؤديه إلى دعوى تملكها ، مع أنهم منعوا من تطويل مدة الإجارة خوفا من ذلك كما علمته ، وهذا خلاصة ماذكرته فى رسالتى المسماة بتحرير العبارة فيمن هو أولى بالإجارة ، وبمراجعتها يظهر لك العجب العجاب وتقف على حقيقة الصواب والحمد لله المنعم الوهاب .

مطلب الموقوف عليه لايملك الإجارة

(قوله لايملك الإجارة) لأنه يملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الإجارة وإلاملك أكثر مما يملك (٢) بخلاف الإعارة ط (قوله ولاالدعوى لو غصب منه الوقف) ظاهره أنه لايملك دعوى العين فقط ، مع أن دعوى الغلة كذلك ففى جامع الفصولين : ادعى الموقوف عليه أنه وقف عليه لو ادعاه بإذن القاضى يصح وفاقا ، وبغير إذنه ففيه روايتان والأصح : أنه لايصح ، لأن له حقا فى الغلة لاغير ، فلا يكون خصما فى شىء آخر ولو كان الموقوف عليه جماعة فادعى أحدهم أنه وقف بغير إذن القاضى لايصح رواية واحدة ، ومستحق غلة الوقف لايملك دعوى غلة الوقف وإنما يملكه المتولى اه .

مطلب فى دعوى الموقوف عليه

فأفاد أن دعوى الموقوف عليه فى الغلة كدعوى عين الوقف ، لكن تعليله للأصح بأن له حقا فى الغلة لاغير يفيد صحة دعواه بها ، وقد يجاب بأن عدم سماع دعواه فى الغلة إذا كان الموقوف عليهم جماعة بخلاف ماإذا كان واحدا : وادعى بها لأنه يريد إثبات حقه فقط ، ويؤيده قوله بعد مامر ، ولو كان الوقف على رجل معين قيل

---

(١) (قوله فى زيادة أجرة المثل قبل انتهاء مدة الخ) قال شيخنا لكن رأيت فى بعض شروح الأشباه ما نصه يعرض المؤجر الزيادة بعد تمام المدة على المستأجر الأول فإن قبلها وإلا أجر من غيره ومع ذلك لو أجر لغيره بدون عرض صح اه . فهذا يؤيد ما عليه العمل اليوم اه .

(٢) (قوله وإلا لملك أكثر مما يملك الخ) أى وهذا ممنوع حيث لم تملك العين من كل وجه بخلاف ما إذا ملكت من كل وجه ألا ترى الموهوب له بدون عوض أو الوارث مثلا حيث يملك البيع والهبة بعوض اه .

(إلا بتولية) أو إذن قاض ولو الوقف على رجل معين على ماعليه الفتوى عمادية لأن حقه فى الغلة لا العين

يجوز أن يكون هو المتولى بغير إطلاق القاضى إذا لحق لايعدوه ، ويفتى بأنه لايصح لأن حقه أخذ الغلة لاالتصرف فى الوقف اه فإذا كان حقه أخذ الغلة وغصبها غاصب ، ينبغى أن لايتردد فى سماع دعواه عليه ليصل إلى حقه وفى فتاوى الحانوتى : والحق أن الوقف إذا كان على معين تصح الدعوى منه ، وظاهر سماعها على عين الوقف أيضا ولذا قال فى نور العين إن الغلة نماء الوقف فبزوال الوقف تزول الغلة فيصير كأن الموقوف عليه ادعى شطر حقه فينبغى أن تكون رواية الصحة هى الأصح اه : واستشهد فى البزازية لهذه الرواية بعدة مسائل عن الخصاف .

قلت : وكذا فى الإسعاف ادعى أحد الموقوف عليهم على واحد منهم أنه باع الوقف من الغاصب وسلمه إليه وبرهن ، أو نكل الآخر يقضى عليه بقيمته ويشترى بها ضيعة توقف كالأول اه وفى التتارخانية عن المحيط : أرض فى يد رجل يزعم أنها ملكه فادعى قوم أنه وقفها عليهم قبلت بينتهم ، وحكمت عليه بالوقف ، وأخرجتها من يده قال وهذه المسألة تصريح بأن الدعوى من الموقوف عليه صحيحة اه :

قلت : وبقى مالو ادعى رجل على المتولى بأنه من الموقوف عليهم ، وأن له حقا فى غلة الوقف أوبأن حقه فيها كذا أكثر مما كان يعطيه ، وينبغى عدم التردد أيضا فى سماعها لأنه يريد مجرد إثبات حقه ، ويؤيده مافى الإسعاف لو منع الواقف أهل الوقف ماسمى لهم فطالبوه به ألزمه القاضى بدفع مافى يده من غلته اه وكذا ماسيذكره الشارح بعد صفحة عن المصنف والخانية وذكر فى البزازية فى الفصل السادس من الوقف عدة مسائل من هذا القبيل منها : دعواه أنه من فقراء القرابة فراجعه ، وسيذكر المصنف أن بعض المستحقين ينتصب خصما عن الكل إذا كان أصل الوقف ثابتا وهو صريح فى صحة دعوى أحد الموقوف عليهم ، ولم يقيدوه بإذن القاضى فيحمل مامر من عدم سماعها رواية واحدة على ماإذا لم يكن أصل الوقف ثابتا ، وهذا مؤيد لما قلناه من صحة دعواه على المتولى بأنه من الموقوف عليهم أوباستحقاقه فتأمل هذا :

واعلم : أن عدم ملكه الدعوى فى عين الوقف لاينافى قبول الشهادة لأنها تقبل حسبة وإن لم تصح الدعوى كما سيذكره المصنف قريبا ويأتى بيانه بل سيأتى متنا أنه لو باع دارا ثم ادعى أنى كنت وقفتها أوقال وقف على لم يصح ولو أقام بينة قبلت ويأتى تمام الكلام عليه :

مطلب إذا كان الوقف على معين قيل يجوز أن يكون هو المتولى

(قوله إلا بتولية) أى بأن يكون متوليا من قبل أوينصبه القاضى متوليا ليسمع دعواه كما فى البزازية وفيها أيضا أنه تصح دعوى الواقف (قوله أوإذن قاض) بالدعوى والإيجار (قوله ولو وقف على رجل معين الخ) هذا فى الدعوى وقد علمت بيانه وأمافى الإيجار ، فلم يذكره فى العمادية على هذا الوجه ، بل قال : الموقوف عليهم لم يملكوا إجارة الوقف ، وقال الفقيه أبو جعفر : لوكان الأجر كله للموقوف عليه ، بأن كان لايحتاج إلى العمارة ، ولاشريك معه فى الغلة ، فحينئذ يجوز فى الدور والحوانيت ، وأما الأراضى فإن شرط الواقف تقديم العشر والخراج وسائر المؤن ، وجعل للموقوف عليه الفاضل لم يكن له أن يؤجرها ، لأنه لو جاز كان كل الأجر له بحكم العقد ، فيفوت شرط الواقف ، ولو لم يشترط يجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤن عليه اه ونحوه فى الإسعاف .

وهل يملك السكنى من يستحق الريع فى الوهبانية لا وفى شرحها للشرنبلالى والتحرير نعم (و) الموقوف (إذا آجره المتولى بدون أجر المثل لزم المستأجر) لا المتولى كما غلط فيه بعضهم (تمامه) أى تمام أجرالمثل (كأب) وكذا وصى خانية (أجر منزل صغيره بدونه) فإنه يلزم المستأجر تمامه إذ ليس لكل منهما ولاية الحط والإسقاط وفى الأشباه عن القنية : أن القاضى يأمره بالاستئجار بأجر المثل وعليه تسليم زود السنين الماضية ، ولو كان القيم ساكتا مع قدرته على الرفع للقاضى لا غرامة عليه ، وإنما هى على المستأجر وإذا ظفر الناظر بمال الساكن فله أخذ النقصان منه فيصرفه فى مصرفه قضاء وديانة اه فليحفظ .

قلت : وقيد بإجارة المتولى لما فى غصب الأشباه لو آجر الغاصب ما منافعه مضمونة من مال وقف أو يتيم أو معد فعلى المستأجر المسمى لا أجر المثل ، وعلى الغاصب رد ماقبضه لا غير

مطلب فى إيجار الموقوف عليه إذا كان معينا

فقد علم صحة إيجار الموقوف عليه إذا كان معينا بهذه الشروط ، ويشترط أيضا أن يؤجر بأجرة المثل وإلا لم يصح كمامر عن قارىء الهداية :

قلت : وينبغى عدم التردد فى صحة إيجاره إذا شرط الواقف التولية ، والنظر للموقوف عليهم ، أو للأرشد منهم وكان هو الأرشد أولم يوجد غيره لأنه حينئذ يكون منصوب الواقف (قوله وهل يملك السكنى الخ) قدمنا بيان ذلك عند قول المتن ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها (قوله كما غلط فيه بعضهم) منشأ غلطه أنه وقع فى عبارة الخلاصة لزمه فأرجع ذلك البعض الضمير للمتولى ، مع أنه للمستأجر كمانبه عليه العلامة قاسم فى فتاواه مستندا إلى النقول الصريحة .

مطلب إذا آجر المتولى بغبن فاحش كان خيانة

لكن قال فى البحر : ينبغى أن يكون ذلك خيانة من المتولى لوعالما بذلك وذكر الخصاف أن الواقف أيضا إذا آجر بالأقل ممالا يتغابن الناس فيه لم تجز ، ويبطلها القاضى ، فإن كان الواقف مأمونا وفعل ذلك على طريق السهو والغفلة أقره القاضى فى يده ، وأمره بإجارتها بالأصلح ، وإن كان غير مأمون أخرجها من يده وجعلها فى يد من يثق بدينه ، وكذا إذا آجرها الواقف سنين كثيرة ممن يخاف أن يتلف فى يده يبطل القاضى الإجارة ويخرجها من يد المستأجر اه فإذا كان هذا فى الواقف فالمتولى أولى اه (قوله لكل منهما) الأولى منهم ليدخل المتولى ط (قوله وعليه تسليم زود السنين(١) الماضية) لاينافى هذا مامر من أن الإجارة مالم تفسخ ، كان على المستأجر المسمى لأن موضوعه فيما إذا آجر أولا بأجرة المثل ، ثم زاد الأجر فى نفسه ط أى فالإجارة وقعت من إبتدائها صحيحة بخلاف ماهنا (قوله لاغرامة عليه) وعليه الحرمة ولايعذر ، وكذا أهل المحلة قال فى الأشباه عن القنية ، لايعذر أهل المحلة فى الدور والحوانيت المسبلة إذا أمكنهم رفعه قال فى شرح الملتقى : فيأثم كلهم بنفس السكوت فمابالك بالمتولى ، والجابى والكاتب إذا تركوها ولا سيما لأجل الرشوة نعوذ بالله تعالى اه ط (قوله بمال الساكن) يعنى وكان من جنس حقه ط عن الحموى (قوله قضاء وديانة) مرتبط بقوله أخذ ط (قوله مامنافعه مضمونة) أى على الغاصب ط (قوله أو معد) أى للاستغلال (قوله فعلى المستأجر المسمى) يعنى للغاصب كما يفيده مابعده قال

---

(١) قوله (زود السنين) فيه أن مصدر زاد الزيد بالياء اه .

لتأويل العقد انتهى فليحفظ (يفتى بالضمان فى غصب عقار الوقف وغصب منافعه) أو إتلافها كما لو سكن بلا إذن أو أسكنه المتولى بلا أجر كان على الساكن أجر المثل ، ولو غير معد للاستغلال به يفتى صيانة للوقف وكذا منافع مال اليتيم درر (وكذا) يفتى (بكل ماهو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه) حاوى القدسى ،

العلامة البيرى الصواب أن هذا مفرع على قول المتقدمين ، أما على ماعليه المتأخرون فعلى الغاصب أجر المثل اه أى إن كان ماقبضه من المستأجر أجر المثل أو دونه ، فلو أكثر يرد الزائد أيضا لعدم طيبه له كما حرره الحموى وتبعه السيد أبو السعود .

قلت : وينبغى على قول المتأخرين المفتى به ، وتضمين منافع مال الوقف واليتيم والمعد أن له تضمين المستأجر أيضا تمام أجر المثل ، كما لو آجره المتولى بدون أجر المثل كما مر تأمل (قوله لتأويل العقد) ليس هذا فى عبارة الأشباه ط (قوله فى غصب عقار الوقف) بأن كان أرضا أجرى عليها الماء حتى صارت لاتصلح للزراعة (قوله وغصب منافعه) يشمل مالو عطله(١) ولم ينتفع به كما يدل عليه قوله أو إتلافها ، فإن الأصل فى العطف المغايرة ، فإن إتلافها بالاستعمال ولذا قال : كما لوسكن الخ ويدل عليه أيضا ماسيأتى فى الغصب من قول المصنف تبعا للدرر : لاتضمن منافع الغصب استوفاها أو عطلها إلا فى ثلاث ، فمقتضاه ضمانها فيها بالاستيفاء ، أوالتعطيل فقول الشرنبلالية هناك وينظر مالوعطل المنفعة هل يضمن الأجرة كما لوسكن اه لامحل له . نعم وقع فى الخصاف لوقبض المستأجر الأرض فى الإجارة الفاسدة ، ولم يزرعها لاأجر عليه وكذلك الدار إذا قبضها ولم يسكنها اه لكنه مبنى على قول المتقدمين كما صرح به فى الإسعاف ومفاده لزوم الأجرة بالتمكن فى الفاسدة على قول المتأخرين ؛ وسيذكره الشارح فى أوائل الإجارات عن الأشباه (قوله أو أسكنه المتولى) أى أسكن فيه غيره إلا إذا كان موقوفا للسكنى وانحصرت فيه ، فإن له إعارته ، ولو سكنه المتولى بنفسه ؛ ولم يكن للسكنى فإنه يلزمه أجر المثل بل قدمنا عن خزانة المفتين أنه لو زرع الوقف لنفسه يخرجه القاضى من يده .

مطلب سكن المشترى دار الوقف

(قوله كان على الساكن أجر المثل) حتى لوباع المتولى دار الوقف فسكنها المشترى ، ثم أبطل القاضى البيع كان على المشترى أجرة المثل فتح وبه أفتى الرملى وغيره كما قدمناه ، ومافى الاسماعيلية من الإفتاء بخلافه تبعا للقنية فهو ضعيف كما صرح به فى البحر ، ودخل مالو كان الوقف مسجدا أو مدرسة سكن فيه فتجب فيه أجرة المثل كما أفتى به فى الحامدية قال وأفتى به الجد والعم والرملى والمقدسى وكذا مالو كان بعضه ملكا وسكنه الشريك كامر أول الشركة (قوله وكذا منافع مال اليتيم) دخل فيه مالو سكنته أمه مع زوجها فيلزم الزوج الأجرة وكذا شريك اليتيم ، كما سيأتى تحريره فى كتاب الغصب إن شاء الله تعالى ، وكذا مالو شراها أحد ثم ظهر أنها ليتيم كما فى جامع الفصولين (قوله فيما اختلف العلماء فيه) حتى نقضوا الإجارة عند الزيادة الفاحشة ، نظرا للوقف ، وصيانة لحق الله تعالى كما فى الحاوى القدسى أيضا : أى مع أن فى المسألة قولين مصححين ، وكذا أفتوا بالضمان فى غصب عقاره ، ومنافعه مع أن العقار لايضمن بالغصب عندهما بل عند محمد وزفر والشافعى وكذا فى مسائل كثيرة منها عدم استبدال ماقل ريعه وكذا صحة الوقف على النفس وعدم صحة الإجارة مدة طويلة كما مر والتتبع ينفى الحصر

---

(١) (قوله يشمل ما او عطله الخ) هذا التعبير يقتضى أن للغصب صورة أخرى غير مسئلة التعطيل ولعل صورة غصب العين باجراء الماء عليها من صور غصب المنافع أيضا لما فيه من التعطيل ضمنا اه .

ومتى قضى بالقيمة شرى بها عقارا آخر فيكون وقفا بدل الأول (و) الذى (تقبل فيه الشهادة) حسبة (بدون الدعوى)أربعة عشر : منها الوقف على مافى الأشباه لأنحكمه التصدق بالغلة وهو حق الله تعالى: بقى لوالوقف على معينين هل تقبل بلادعوى؟ فى الخانية ينبغى ، لا اتفاقا وفى شرح الوهبانية للشيخ حسن وهذا التفصيل هو المختار وفى التتارخانية إن هو حق الله تعالى تقبل وإلا لا إلا بالدعوى فليحفظ .

قلت : لكن بحث فيه ابن الشحنة ، ووفق المصنف بقبولها مطلقا لثبوت أصل الوقف لمآله للفقراء وباشتراط الدعوى ، لثبوت الاستحقاق لما فى الخانية لو كان ثمة مستحق ولم يدع لم يدفع له شىء من الغلة وتصرف كلها للفقراء :

فافهم (قوله ومتى قضى بالقيمة) أى بأن غصب أرضا وأجرى عليها الماء ، حتى صارت بحرا لاتصلح للزراعة إسعاف ، وقدمنا عن جامع الفصولين لو غصب وقفا فنقص فمايؤخذ بنقصه يصرف إلى مرمته لاإلى أهل الوقف لأنه بدل الرقبة ، وحقهم فى الغلة لافى الرقبة اه (قوله فيكون وقفا بدل الأول) أى بلا توقف على تلفظ بوقفه كما فى معين المفتى وغيره كذا فى شرح الملتقى ط (قوله حسبة) الحسبة : بالكسر الأجر كما فى القاموس أى لقصد الأجر ، لالإجابة مدع أفاده ط .

مطلب المواضع التى تقبل فيها الشهادة حسبة بلا دعوى

(قوله أربعة عشر) وهى الوقف ، وطلاق الزوجة ، وتعليق طلاقها وحرية الأمة وتدبيرها ، والخلع وهلال رمضان والنسب، لكن فى البحر خلافه ، وحد الزنا ، وحد الشرب ، والإيلاء ، والظهار ، وحرمة المصاهرة ودعوى المولى نسب العبد اه :

قلت : ويزاد الشهادة بالرضاع كما مشى عليه المصنف فى بابه (قوله منها الوقف) أى الشهادة بأصله لابريعه أشباه ، وأما الدعوى به أو بريعه فقد مر الكلام عليها ويأتى قريبا ويأتى بيان المراد بأصله (قوله وهذا التفصيل) أى بين ماإذا كان الوقف على معينين فلا تقبل وبين ما إذا قامت على أنه للفقراء أو للمسجد ونحوه فتقبل (قوله وفى التتارخانية) هو عين التفصيل اه ح (قوله لكن بحث فيه ابن الشحنة الخ) أى بحث فى الإطلاق المذكور فى المتن اه ح والأصوب إبداله بابن وهبان ، ويعود الضمير إلى التفصيل قال المصنف فى المنح نقلا عن الخانية : وينبغى أن يكون الجواب على التفصيل إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم ، لاتقبل البينة عليه بدون الدعوى اه قال ابن وهبان : وهذا التفصيل غير محتاج إليه لأن الوقف وإن كان على قوم بأعيانهم فآخره لابد وأن يكون لجهة بر لاتنقطع كالفقراء وغيرهم فالشهادة تقبل بحقهم إما حالا أومآلا اه قال ابن الشحنة : التفصيل لابد منه لأن البينة إذا قامت بأن هذا وقف يستحقه قوم بأعيانهم لابد فيه من الدعوى لثبوت استحقاقهم ، وتناولهم وإن كان آخره ماذكر بخلاف ماإذا قامت على أنه وقف على الفقراء أو المسجد أو نحو ذلك اه :

قال المصنف أقول : ماذكره ابن وهبان ظاهر جدا وماذكره ابن الشحنة لاينتهض حجة عليه ، لأن كلام ابن وهبان فى أن ثبوت أصل الوقف لايحتاج إلى الدعوى مطلقا وإن كان المستحق لايدفع له شىء على تقدير عدم دعواه وكلام ابن الشحنة فى ثبوت الاستحقاق للموقوف عليه المعين ، ولاشك فى توقفه على الدعوى اه

قلت : لكن فى الحادى عشر من دعوى البزازية : باع أرضا ثم ادعى أنه كان وقفها أو قال : وقف على فإن لم تكن له بينة وأراد تحليف البائع (١) لايحلف لعدم صحة الدعوى للتناقض ، وإن برهن قال الفقيه أبو جعفر

---

(١) قوله (وأراد تحليف البائع) كذا عبارة البزازية والظاهر أن صوابه المشترى اه منه .

قلت : ومفاده أنه لو ادعى استحق مع أنها لاتسمع منه على المفتى به إلا بتولية كما مر فتدبر . وفى الأشباه لنا شاهد حسبة فى أربعة عشر وليس لنا مدع حسبة إلا فى دعوى الموقوف عليه أصل الوقف فإنها تسمع عند البعض والمفتى به لا إلا التولية فإذا لم تسمع دعواه فالأجنبى أولى انتهى وقد مر فتنبه :

يقبل ويبطل البيع لعدم اشتراط الدعوى فى الوقف كما عتق الأمة وبه أخذ الصدر والصحيح أن الإطلاق غير مرضى فإن الوقف لوحق الله تعالى فالجواب ماقاله وإن حق العبد لابد فيه من الدعوى اه وأنت خبير بأن الوقف لابد أن يكون فيه حق الله تعالى إما حالا أو مآلا ، وهذا التصحيح للتفصيل المار عن الخانية يقتضى أن المنظور إليه الحال لا المآل ، وإلا لم يصح قوله وإن حق العبد الخ ، وهذا خلاف ماقاله ابن وهبان حيث جعل الوقف كله حقا لله تعالى باعتبار المآل ، ومؤيد لما قاله ابن الشحنة حيث اعتبر فيه الحال ، لكن قد يقال التحقيق أن الوقف من حيث هو حق الله تعالى لأنه تصدق بالمنفعة ، فلا تشترط له الدعوى ، لكن إذا كان أوله على معين وأريد إثبات استحقاقه اشترط له الدعوى وإن ثبت أصل الوقف بدونها فثبت ماقاله المصنف : وهذا فى الحقيقة تحقيق وتلفيق بين القولين وتوفيق بنظر دقيق ، لكن لو كان المدعى هو البائع لا يمكن إثبات استحقاقه لأنه متناقض فلا تصح دعواه وتبقى البينة مسموعة لإثبات أصل الوقف ويأتى له زيادة بيان عند قوله باع دارا (قوله إلا بتولية) أى أو بإذن قاض (قوله كمامر) أى عن العمادية لكن فيه أن مامر فى دعوى عين الوقف لو غصبه غاصب ، أما دعوى المستحق استحقاقه من غلة الوقف فلا شبهة فى صحتها ولا تحتاج إلى التدبر أفاده ح :

قلت : قدمنا التصريح بأن مستحق غلة الوقف لايملك الدعوى بها ، وهو مشكل يحتاج إلى التدبر ، وقدمنا بيانه ، وقوله فلا شبهة الخ مؤيد لما قدمناه (قوله لنا شاهد حسبة فى أربعة عشر) هذا مكرر بما تقدم ، فالأولى الاقتصار على مابعده أفاده ط (قوله وليس لنا مدع حسبة) بتنوين مدع ونصب حسبة على التمييز وفى بعض النسخ مدعى بالياء فهو مضاف وحسبة مجرور به (قوله والمفتى به لا) أى لاتسمع دعواه فلا يحلف الخصم او أنكر كما قدمناه آنفا عن البزازية لكن لو أقام بينة تقبل بطريق الحسبة كما علمت تحريره (قوله فالأجنبى أولى) قال فى الأشباه عقب هذا وظاهر كلامهم أنها لاتسمع من غير الموقوف عليه اتفاقا اه أى لأن الخلاف مذكور فى دعوى الموقوف عليه هل تسمع أم لا والمفتى به لا فظاهره أن الأجنبى لاتسمع دعواه اتفاقا اه لكن قال العلامة البيرى : بل الظاهر من كلامهم أن الخلاف فيه أيضا لأن محل النزاع كون المحل قابلا لدعوى الحسبة أم لا فمن قال بأنه قابل جوز ذلك من الموقوف عليه كما لايخفى اه . وحينئذ يتجه مامر من التفصيل ، فإذا كانت الدعوى لإثبات عين الوقف يكون حق الله تعالى فتسمع فيه الدعوى حسبة من الموقوف عليه وغيره إلا إذا باع الوقف ثم ادعى فلا تسمع دعواه ، وأما البينة فإنها تقبل مطلقا إلا إذا كانت لإثبات غلة الوقف فلا تقبل بلا دعوى صحيحة وتقدم الكلام فيه ، ثم لايخفى أن شاهد الحسبة لابد أن يدعى مايشهد به إن لم يوجد مدع غيره وعلى هذا فكل ماتقبل فيه الشهادة حسبة يصدق عليه أنه تقبل فيه الدعوى حسبة ، وهذا ينافى مامر عن الأشباه إلا أن يكون مراده أنه لايسمى مدعيا أو أن مدعى الحسبة لايحلف له الخصم عند عدم البينة فلا يتحقق بدون الشهادة فلذا نفاه فليتأمل وفى الفصولين وفى عتق الأمة والطلاق قيل يحلف وقيل لا :

[تنبيه] شاهد الحسبة إذا أخرها لغير عذر لاتقبل لفسقه أشباه عن القنية وقال ابن نجيم فى رسالته المؤلفة فيما تسمع فى الشهادة حسبة ومقتضاه أن الشاهد فى الوقف كذلك (قوله وقد مر) أى عدم سماع الدعوى من الموقوف عليه لو غصب منه الوقف إلا بتولية مع زيادة قوله ولو الوقف على معين ولايخفى أن الدعوى على الغاصب دعوى

(ويشترط) فى دعوى الوقف (بيان الوقف) ولو الوقف قديما (فى الصحيح) بزازية لئلا يكون إثباتا للمجهول وفى العمادية تقبل (و) تقبل فيه (الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والشهادة بالشهرة(١)) لإثبات أصله وإن صرحوا به أى بالسماع فى المختار ولو الوقف على معينين حفظا للأوقاف القديمة عن الاستهلاك

أصل الوقف أى لادعوى الغلة فافهم (قوله لئلا يكون إثباتا للمجهول) هـذا بناء على قول الإمام إن الوقف حبس أصل الملك على ملك الواقف فلا بد من ذكره أفاده المصنف ط (قوله وفى العمادية تقبل) أى من غير بيان الواقف ، وهو قول أبى يوسف وعليه مشايخ بلخ كأبى جعفر وغيرهم وعليه اقتصر الخصاف ، ومقتضى كون الفتوى على قول أبى يوسف فى الوقف أنه يفتى بقوله هنا أفاده فى المنح ط. وفى الخيرية وقف قديم مشهور لايعرف واقفه استولى عليه ظالم فادعى المتولى أنه وقف على كذا مشهور وشهدا بذلك فالمختار أنه يجوز اه وعزاه إلى جامع الفصولين وفى الإسعاف عن الخانية ، وتصح دعوى الوقف والشهادة به من غير بيان الواقف :

مطلب فى دعوى الوقف بلا بيان الواقف وبلا بيان أنه وقف وهو يملكه

[تنبيه] ذكر فى الإسعاف لو ادعى أن هذه الأرض وقفها فلان علىّ وذو اليد يجحد ويقول هى ملكى لايصح وإن شهدت البينة أنها كانت فى يده يوم وقفها لأن الإنسان قد يقف مالايملكه وهو بيده بإجارة أو إعارة اه ملخصا : ومفاده أنه يشترط بعد بيان الواقف بيان أنه وقفه وهو يملكه وهذا ظاهر فى نحو هذه الدعوى ، وكذا لو اختلفا فى أنه وقفه قبل أن يملكه أو بعد ماباعه أما لو اختلفا فى أن فلانا وقفه أولا أو كان وقفا قديما مشهورا فباعه أحد أو استولى عليه ظالم ، فهذا شرط للحكم بصحة الوقف لاللحكم بنفس الوقف ، ففى فتاوى قارئ الهداية سئل هل يشترط فى صحة حكم الحاكم بوقف أو بيع أو إجارة ثبوت ملك الواقف أو البائع أو المؤجر وحيازته أم لا ، أجاب : إنما يحكم بالصحة إذا ثبت أنه مالك لما وقفه أو أن له ولاية الإيجار أو البيع لما باعه بملك أو نيابة وكذا فى الوقف وإن لم يثبت شىء من ذلك لايحكم بالصحة بل بنفس الوقف والإجارة والبيع اه (قوله لإثبات أصله) متعلق بالشهادة بالشهرة فقط ح وفى المنح كل مايتعلق بصحة الوقف ويتوقف عليه فهو من أصله ومالا يتوقف عليه فهو من الشرائط :

مطلب فى الشهادة على الوقف بالتسامع

(قوله وإن صرحوا به) بأن قالوا عند القاضى نشهد بالتسامع درر وفى شهادات الخيرية الشهادة على الوقف بالسماع أن يقول الشاهد أشهد به لأنى سمعته من الناس أو بسبب أنى سمعته من الناس ونحوه (قوله أى بالسماع) أشار به إلى تأويل الشهرة بالسماع فساغ تذكير الضمير فأفاد أنهما شىء واحد ط وفى حاشية نوح أفندى : الشهادة بالشهرة أن يدعى المتولى أن هذه الضيعة وقف على كذا مشهور ويشهد الشهود بذلك والشهادة بالتسامع أن يقول الشاهد : أشهد بالتسامع اه ولايخفى أن المآل واحد وإن اختلفت المادة فافهم (قوله فى المختار الخ) هذا مخالف لما فى المتون من الشهادات فى الكنز وغيره : ولا يشهد بما لم يعاين إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى وأصله الوقف ، فله أن يشهد بها إذا أخبره بها من يثق به ومن فى يده شىء سوى الرقيق لك أن تشهد أنه

---

(١) (قول المصنف والشهادة بالشهرة الخ) ظاهره ولو كانت فى يد شخص يدعى الملك ، لكن قيده فى شرح الملتقى بما إذا كان الوقف سائبة حتى لو كان فى يد شخص يدعى الملك لابد من شهادة المعاينة وقواه بنقول عديدة نقله شيخنا ولم يرتضه اه.

بخلاف غيره (لا) تقبل بالشهرة (لـ) لإثبات (شرائطه فى الأصح) درر وغيرها لـكن فى المجتبى المختار قبولها على شرائطه أيضا ، واعتمده فى المعراج وأقره الشرنبلالى وقواه فى الفتح بقولهم يسلك بمنقطع الثبوت المجهولة شرائطه ومصارفه ماكان عليه فىدواوين القضاة انتهى وجوابه أن ذلك للضرورة

له وإن فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع أو بمعاينة اليد لاتقبل . قال العينى : وإن فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع فى موضع يجوز بالتسامع ، أوفسر أنه يشهد له بالملك بمعاينة اليد يعنى برؤيته فى يده لاتقبل ، لأن القاضى لايزيد علما بذلك ، فلا يجوز له أن يحكم الخ ، ومثله فى الزيلعىمبسوطا . وفى شهادات الخيرية : الشهادة على الوقف بالسماع فيها خلاف والمتون قاطبة قد أطلقت القول بأنه إذا فسر أنه يشهد بالسماع لاتقبل ، وبه صرح قاضيخان وكثير من أصحابنا اه ومثله فى فتاوى شيخ الإسلام على أفندى مفتى الروم اه ملخصا من مجموعة شيخ مشايخنا منلاعلى التركمانى .

قلت : لـكن تقدم أنه يفتى بكل ماهو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه كما أشار إلى وجهه تبعا للدرر بقوله حفظا للأوقاف القديمة الخ ، وذكر المصنف عن فتاوى رشيد الدين أنه تقبل وإن صرحا بالتسامع لأن الشاهد ربما يكون سنه عشرين سنة وتاريخ الوقف مائة سنة ، فيتيقن القاضى أنه يشهد بالتسامع لابالعيان فإذا لافرق بين السكوت والإفصاح أشار إليه ظهير الدين المرغينانى، وهذا بخلاف ماتجوز فيه الشهادة بالتسامع فإنهما إذا صرحا به لاتقبل اه أى بخلاف غير الوقف من الخمسة المارة فإنه لايتيقن فيها (١) بأن الشهادة بالتسامع فيفرق فيها بين السكوت والإفصاح .

والحاصل : أن المشايخ رجحوا استثناء الوقف منها للضرورة : وهى حفظ الأوقاف القديمة عن الضياع ، ولأن التصريح بالتسامع فيه لايزيد على الإفصاح به والله سبحانه أعلم (قوله لإثبات شرائطه) المراد من الشرائط أن يقولوا إن قدرا من الغلة لـكذا ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة بحر من الشهادات وقوله : بعد بيان الجهة متعلق بقوله أن يقولوا لأن بيان الجهة هو بيان المصرف ويأتى أنه من الأصل لامن الشرائط ، فالمراد من الشرائط مايشرطه الواقف فى كتاب وقفه لاالشرائط التى يتوقف عليها صحة الوقف كالملك والإفراز والتسليم عند القائل به ونحو ذلك مما مر أول الباب (قوله فى الأصح) وعليه الفتوى هندية عن السراجية ط (قوله وأقره الشرنبلالى) وعزاه إلى العلامة قاسم :

مطلب فى حكم الوقف القديم المجهولة شرائطه ومصارفه

(قوله وقواه فى الفتح بقولهم الخ) حيث قال فى كتاب الشهادات وأنت إذا عرفت قولهم ذلك لم تتوقف عن تحسين مافى المجتبى ، لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع اه أى لأن الشهادة بالتسامع هى أن يشهد بما لم يعاينه والعمل بما فى دواوين القضاة عمل بما لم يعاين، وأيضا قولهم المجهولة شرائطه ومصارفه يفهم منه أن مالم يجهل منها يعمل بما علم منها ، وذلك العلم قد لايكون بمشاهدة الواقف بل بالتصرف القديم ، وبه صرح فى الذخيرة حيث قال سئل شيخ الإسلام عن وقف مشهور اشتبهت مصارفه وقدر مايصرف إلى مستحقيه قال : ينظر إلى المعهود من حاله فيم سبق من الزمان من أن قوامه كيف يعملون فيه وإلى من يصرفونه ، فيبنى على ذلك لأن الظاهر أنهم

---

(١) (قوله فإنه لايتيقن فيها الخ) حتى لو تيقن أن الشهادة بالتسامع فى غير الوقف لا يحكم بها القاضى أفاده شيخنا وقال هكذا رأيته عن بعضهم اه .

كانوا يفعلون ذلك على موافقة شرط الواقف وهو المظنون بحال المسلمين فيعمل على ذلك اه فهذا عين الثبوت بالتسامع . وفى الخيرية إن كان للوقف كتاب فى ديوان القضاة المسمى فى عرفنا بالسجل ، وهو فى أيديهم اتبع مافيه استحسانا إذا تنازع أهله فيه وإلا ينظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من الزمان من أن قوامه كيف كانوا يعملون وإن لم يعلم الحال فيما سبق رجعنا إلى القياس الشرعى وهو أن من أثبت بالبرهان حقا حكم له به اه لكن قولهم المجهولة شرائطه الخ يقتضى أنها لو علمت ولو بالنظر إلى المعهود من حاله فيما سبق من تصرف القوام لايرجع إلى مافى سجل القضاة وهذا عكس (١) مافى الخيرية فتنبه لذلك .

مطلب أحضر صكا فيه خطوط العدول والقضاة لايقضى به

[تنبيه] ذكر فى الخانية والإسعاف ادعى على رجل فى يده ضيعة أنها وقف وأحضر صكا فيه خطوط العدول والقضاة الماضين وطلب من القاضى القضاء بذلك الصك قالوا ليس للقاضى ذلك ، لأن القاضى إنما يقضى بالحجة والحجة إنما هى البينة أو الإقرار ، أما الصك فلا يصلح حجة لأن الخط يشبه الخط وكذا لو كان على باب الدار لوح مضروب ينطق بالوقف لايجوز للقاضى أن يقضى مالم تشهد الشهود اه .

قلت : وهذا بظاهره ينافى(٢) ماهنا من العمل بما فى دواوين القضاة . والجواب : أن العمل بما فيها استحسان كما فى الإسعاف وغيره وماذكرناه عن الخانية محله إذا لم يكن للصك وجود فى سجل القضاة أما لو وجد فيه ، فإنه يعمل به كما فى حواشى الأشباه ومثله ماقدمناه من قول الخيرية إن كان للواقف كتاب الخ ووجهه ظاهر لأنه إذا كان له كتاب موافق لما فى سجل القضاة يزداد به قوة ولا سيما إذا كان الكتاب عليه خطوط القضاة الماضين .

مطلب لايعتمد على الخط إلا فى مسائل

فعلى هذا فقول الأشباه فى أول كتاب القضاء لايعتمد على الخط ولا يعمل به إلا فى كتاب أهل الحرب بطلب الأمان إلى الإمام ، وفى دفتر السمسار والصراف والبياع يستثنى منه أيضا هذه المسألة كما أفاده البيرى فتصير المسائل المستثناة ثلاثا وتمام بيانها فى كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية من كتاب الدعوى فراجعه فإنه مهم .

مطلب فى البراءات السلطانية والدفاتر الخاقانية

ثم اعلم أنه ذكر فى الأشباه أنه يمكن أن يلحق بكتاب أهل الحرب البراءات السلطانية بالوظائف إن كانت العلة أنه لايزور قال العلامة البيرى : والظاهر هذا ويشهد له مافى الزكاة إذا قال أعطيتها وأظهر البراءة يجوز العمل به وعلل بأن الاحتيال فى الخط نادر كما فى المصفى اه .

قلت : وهذا يؤيد ماذكره الشارح فى رسالة عملها فى الدفتر الخاقانى المعنون بالطرة السلطانية المأمونة من التزوير إلى أن قال : فلو وجد فى الدفاتر أن المكان الفلانى وقف على المدرسة الفلانية مثلا يعمل به من غير بينة

---

(١) (قوله وهذا عكس الخ) يمكن أن يدعى عدم حصول العكس بحمل ما فى الخيرية على عدم وجود كتاب لذلك الوقف اه .

(٢) (قوله وهذا بظاهره ينافى الخ) فرق شيخنا بين هذه المسئلة وبين مسئلة العمل بما فى الدواوين بأن مسئلة العمل قد وجد فيها التصادق على ثبوت أصل الوقف فالعمل بالخط إنما هو فى مجرد الشرائط بخلاف ما هنا فإنه لو فرض صحة الحكم بالصك يكون قد حكم بالخط فى أصل الوقف خصوصا والوقف فى يد مدع للملك أى فيلزم إبطال حق ذى اليد بمجرد الخط اه .

والمدعى أعم بحر (وبيان المصرف) كقولهم على مسجد كذا (من أصله) لتوقف صحة الوقف عليه فتقبل بالتسامع (وبعض مستحقيه) وكذا بعض الورثة ولا ثالث لهما كما فى الأشباه :

قلت : وكذا لو ثبت إعساره فى وجه أحد الغرماء

قال وبذلك يفنى مشايخ الإسلام كما هو مصرح به فى بهجة عبد الله أفندى وغيرها اه لكن أفتى فى الخيرية بأنه لايثبت الوقف بمجرد وجوده فى الدفتر السلطانى لعدم الاعتماد على الخط فتأمل (قوله والمدعى أعم) أى من كونه للضرورة أو غيرها ، ولكن فيه نظر فإن الكلام فى جهل الشرائط كما علمت إذ عند علمها لاحاجة إلى إثباتها فالكلام عند الضرورة لاأعم فكلام الكمال أتم فافهم (قوله وبيان المصرف من أصله) مبتدأ وخبر أى فتقبل الشهادة على المصرف بالتسامع كالشهادة على أصله لأن المراد بأصله كل ماتوقف عليه صحته وإلا فهو من الشرائط كما قدمناه وكونه وقفا على الفقراء أو على مسجد كذا تتوقف عليه صحته ، بخلاف اشتراط صرف غلته لزيد أو للذرية فهو من الشرائط لامن الأصل ، ولعل هذا مبنى على قول محمد باشتراط التصريح فى الوقف بذكر جهة لاتنقطع وتقدم ترجيح قول أبى يوسف بعدم اشتراط التصريح به ، فإذا كان ذلك غير لازم فى كلام الواقف فينبغى أن لايلزم فى الشهادة بالأولى ، لعدم توقف الصحة عليه عنده ويؤيده هذا مافى الإسعاف والخانية لاتجوز الشهادة على الشرائط والجهات بالتسامع اه ولا يخفى أن الجهات هى بيان المصارف ، فقد ساوى بينها وبين الشرائط إلا أن يراد بها الجهات التى لايتوقف صحة الوقف عليها . وفى التاترخانية ، وعن أبى الليث : تجوز الشهادة فى الوقف بالاستفاضة من غير الدعوى وتقبل الشهادة بالوقف وإن لم يبينوا وجها ويكون للفقراء اه وفى جامع الفصولين : ولو ذكروا الواقف لا المصرف تقبل لو قديما ويصرف إلى الفقراء اه وهذا صريح فيما قلنا من عدم لزومه فى الشهادة ، والظاهر أنه مبنى على قول أبى يوسف وعليه فلا يكون بيان المصرف من أصله فلا تقبل فيه الشهادة بالتسامع كما سمعت نقله عن الخانية والإسعاف ، والظاهر : أن هذا إذا كان المصرف جهة مسجد أو مقبرة أو نحوهما ، أما لو كان للفقراء فلا يحتاج إلى إثباته بالتسامع لما علمت من أنه يثبت بالشهادة على مجرد الوقف ، فإذا ثبت الوقف بالتسامع يصرف إلى الفقراء بدون ذكرهم كما علم من عبارة التتارخانية والفصولين هذا ماظهر لى فى هذا المحل ، وقد ذكر الخير الرملى فى حاشية المنح توفيقا آخر بين ماذكره المصنف ، وبين مانقلناه عن الإسعاف والخانية بحمل جواز الشهادة على ما إذا لم يكن الوقف ثابتا على جهة بأن ادعى على ذى يد يتصرف بالملك بأنه وقف على جهة كذا ، فشهدوا بالسماع وحمل عدم الجواز على ما إذا كان أصله ثابتا على جهة فادعى جهة غيرها ، وشهدوا عليها بالسماع للضرورة فى الأول دون الثانى ، لأن أصل جواز الشهادة فيه بالسماع للضرورة والحكم يدور مع علته وجازت إذ قدم قال وقد رأيت شيخنا الحانوتى أجاب بذلك اه ملخصا :

مطلب فيمن ينتصب خصما عن غيره

(قوله وبعض مستحقيه) مبتدأ أو مضاف إليه وقوله ينتصب خصما عن الكل خبر المبتدإ ويأتى بيانه ، وكذا بعض نظار الوقف لما فى الحادى عشر من التاترخانية وقف أرضه على قرابته ، فادعى رجل أنه منهم والواقف حى فهو خصمه وإلا فالقيم ولو متعددا وإن ادعى على واحد جاز ولايشترط اجتماعهم ، ولا يكون خصما وارث الميت ، ولا أحد أرباب الوقف (قوله وكذا بعض الورثة) أى يقوم مقام جميعهم فيما للميت أو عليه ويأتى تمامه قريبا (قوله قلت الخ) استدراك على قوله ولاثالث لهما (قوله وكذا لو ثبت إعساره فى وجه أحد الغرماء) فإنه

كما سيجىء فتأمل وقالوا تقبل بينة الإفلاس لغيبة المدعى وكذا بعض الأولياء المتساوين يثبت الاعتراض لكل كملا وكذا الأمان والقود وولاية المطالبة بإزالة الضرر العام عن طريق المسلمين والتتبع يقتضى عدم الحصر

ينصب خصما عن بقيتهم فلا يحبس لهم ط (قوله كما سيجىء) لم أره فى فصل الحبس من كتاب القضاة ولا فى كتاب الحجر فلعله ذكره فى غيرهما فليراجع (قوله وقالوا تقبل بينة الإفلاس بغيبة المدعى) هذا تأييد لقبولها فى وجه أحد الغرماء لا بيان لموضع آخر مما نحن فيه حتى يرد عليه أنه لا محل لذكره هنا لعدم انتصاب أحد عن أحد فيه فافهم (قوله وكذا بعض الأولياء المتساوين) كذا خبر مقدم وبعض الأولياء مبتدأ مؤخر وجملة يثبت الخ استئناف بيانى بعنى أن رضا بعض الأولياء المتساوين بنكاح غير الكفء قبل العقد أو بعده كرضا الكل، لأن حق الاعتراض ثبت لكل واحد من الأولياء كملا، وهذا على ظاهر الرواية، وأما على المفتى به فالنكاح باطل من أصله لفساد الزمان كما تقدم فى باب الولى اهـ ح أى أن تزويجها نفسها لغير كفء باطل إذا كان لها ولى لم يرض به قبل العقد ولا يفيد رضا بعده، وإن لم يكن لها ولى فهو صحيح كما مر فى بابه ثم حيث ثبت الحق لكل من الأولياء كملا فإذا رضى أحدهم فكأنه قام مقام غيره فى الرضا حتى لا يثبت لغيره حق الاعتراض ولو قال يثبت الاعتراض وكذا الإنكاح فى الصغير لكان أولى (قوله وكذا الأمان) يعنى أمان واحد من المسلمين لحربى كأمان جميعهم كما تقدم فى السير اهـ ح (قوله والقود) يعنى إذا عفا واحد من أولياء المقتول سقط القود كما إذا عفا جميعهم اهـ ح.

قلت: وكذا استيفاء(١) القود فسيأتى فى الجنايات أن للكبار القود قبل كبر الصغار خلافا لهما والأصل أن كل ما لا يتجزأ إذا وجد سببه كاملا، يثبت لكل على الكمال كولاية إنكاح، وأمان إلا إذا كان الكبير أجنبيا عن الصغير فلا يملك القود حتى يبلغ الصغير إجماعا زيلعى وذلك كابن للمتوفى صغير وامرأته وهى غير أم الصغير اهـ ط (قوله وولاية المطالبة الخ) قال المصنف من باب ما يحدثه الرجل فى الطريق من نحو الكنيف والميزاب ولكل واحد من أهل الخصومة ولو ذميا منعه ابتداء ومطالبته بنقضه ورفعه بعده أى بعد البناء سواء كان فيه ضرر أولا إذا بنى لنفسه بغير إذن الإمام ولم يكن للمطالب مثله اهـ فقوله بإزالة الضرر ليس بقيد بل يقوم أحد من له الخصومة بالمطالبة وإن لم يضر اهـ ط (قوله والتتبع يقتضى عدم الحصر) يعنى أنه زاد ما ذكر ولم يحصر المواضع بعدد لأنه يمكن التتبع الزيادة عليها خلافا لما فعله فى الأشباه، وقد زاد البيرى مسألة وهى قال محمد رحمه الله تعالى: لو قال سالم وبزيغ وميمون أحرار وأقام واحد منهم البينة على ذلك ثم جاء غيره لا يعيد البينة لأنه إعتاق واحد اهـ.

قلت: ويزاد أيضا ما فى الفصل الرابع من جامع الفصولين برهن على رجل أنه باعه، وفلانا الغائب قنا بكذا يقضى على الحاضر بنصف ثمنه، لا على الغائب إلا أن يحضر ويعيد البينة عليه ولو كان قد ضمن كل منهما ما على الآخر من الثمن جاز ويقضى عليهما فلا حاجة إلى إعادة البينة على الغائب اهـ وسيأتى فى كتاب القضاء أنه لا يقضى على غائب، ولا له إلا فى مواضع منها: أن يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر كما إذا برهن

---

(١) (قوله قلت وكذا استيفاء الخ) أى حيث كان بعض مستحق القود صغيرا لا غائبا حتى لا ينافى قولهم فى الجنايات:

ولا يقود حاضر بحجته إذا أخوه غاب عن خصومته

وفرق شيخنا بين الغائب والحاضر بأن احتمال العفو من الغائب شبهة بخلافه فى الصغير فإنه شبهة الشبهة لأن احتمال العفو منه بعد احتمال البلوغ أى وهى غير معتبرة فى الدرء اهـ.

ثم إنما ينتصب أحد الورثة خصما عن الكل لو فى دعوى دين لاعين مالم تكن بيده فليحفظ (ينتصب خصما عن الكل) أى إذا كان وقف بين جماعة وواقفه واحد فلو أحد منهم أو وكيله الدعوى على واحد منهم أو وكيله (وقيل لا) ينتصب فلا يصح القضاء إلا بقدر مافى يد الحاضرين (وهذا) أى انتصاب بعضهم (إذاكان الأصل ثابتا وإلا فلا) ينتصب أحد المستحقين خصما وتمامه فى شرح الوهبانية (اشترى المتولى بمال الوقف دارا) للوقف

على ذى اليد أنه اشترى الدار من فلان الغائب فحكم على الحاضر كان ذلك حكما على الغائب أيضا حتى لوحضر وأنكر لم يعتبر قال الشارح هناك وله صور كثيرة ذكر منها فى المجتبى تسعا وعشرين .

مطلب فى انتصاب بعض الورثة خصما عن الكل

(قوله ثم إنما ينتصب الخ) قال فى جامع الفصولين : ادعى بيتا إرثا لنفسه ولإخوته الغيب وسماهم وقال الشهود : لانعلم له وارثا غيرهم تقبل البينة فى ثبوت البيت للميت إذ أحد الورثة خصم عن الميت فيما يستحق له ، وعليه ألا ترى أنه لو ادعى على الميت دين بحضرة أحدهم يثبت فى حق الكل . وكذا لوادعى أحدهم دينا على رجل للميت وبرهن ثبت فى حق الكل . وأجمعوا على أنه لايدفع إلى الحاضر إلانصيبه يعنى فى البيت مشاعا غير مقسوم ثم قالا يؤخذ نصيب الغائب ويوضع عند عدل ، وقال أبو حنيفة : لايؤخذ وأجمعوا على أن ذا اليد لو مقرا لايؤخذ منه نصيب الغائب هذا فى العقار أما فى النقلى فعندهما يوضع عند عدل ، وعنده قيل كذلك وقيل : لايؤخذ كما لو كان مقرا ولو مات عن ثلاثة بنين فغاب اثنان ، وبقى ابن والدار فى يده غير مقسومة ، فادعى رجل كلها ملكا مرسلا أو الشراء من أبيهم يحكم له بالكل ولو برهن على أحدهم أن الميت غصب شيئا وبعضه بيد الحاضر وبعضه بيد وكيل الغائب قضى على الحاضر بدفع مابيده دون وكيل الغائب .

فالحاصل : أن أحد الورثة خصم عن الميت فى عين هو فى يد هذا الوارث لافيما ليس بيده حتى لو ادعى عليه عينا من التركة ليست فى يده لايسمع ، وفى دعوى الدين ينتصب أحدهم خصما عن الميت ولو لم يكن بيده شئ من التركة اهـ ملخصا وتمام الكلام فيه من الفصل الرابع .

مطلب بعض المستحقين ينتصب خصما عن الكل

(قوله وينتصب خصما عن الكل) أى كل المستحقين وكذا بعض النظار كما قدمناه والمسألة فى المحيط والقنية وقف بين أخوين مات أحدهما وبقى فى يد الحى ، وأولاد الميت فبرهن الحى على أحدهم أن الواقف بطنا بعد بطن والباقى غيب والواقف واحد يقبل وينتصب خصما عن الباقين ، ولو برهن الأولاد أن الوقف مطلق علينا وعليك فبينة الأول أولى (قوله وهذا الخ) وعليه فلا منافاة بين ماهنا ، وماقدمه من أن الموقوف عليه لايملك الدعوى ، لأن ذاك فيما إذا لم يكن الوقف ثابتا وأراد إثبات أنه وقف ومر تقريره .

مطلب اشترى بمال الوقف دارا للوقف يجوز بيعها

(قوله اشترى بمال الوقف) أى بغلة الوقف كما عبر به فى الخانية وهو أولى احترازا عما لو اشترى ببدل الوقف ، فإنه يصير وقفا كالأول على شروطه وإن لم يذكر شيئا كما مر فى بحث الاستبدال ، وقيده فى الفتح بما إذا لم يحتج الوقف إلى العمارة وهو ظاهر إذ ليس له الشراء ، كما ليس له الصرف إلى المستحقين كما مر وفى البحر

(لأتلحق بالمنازل الموقوفة ويجوز بيعها فى الأصح) لأن للزومه كلاما كثيرا ولم يوجد ههنا (مات المؤذن والإمام ولم يستوفيا وظيفتهما من الوقف سقط) لأنه كالصلة (كالقاضى وقيل لا) يسقط لأنه كالأجرة كذا فى الدرر قبيل باب المرتد وغيرها قال المصنف ثمة : وظاهره ترجيح الأول لحكاية الثانى بقيل .

قلت : قد جزم فى البغية تلخيص القنية بأنه يورث بخلاف رزق القاضى كذا فى وقف الأشباه ومغنم النهر ولو على الإمام دار وقف فلم يستوف الأجرة حتى مات إن آجرها المتولى سقط

عن القنية إنما يجوز الشراء بإذن القاضى ، لأنه لايستفاد الشراء من مجرد تفويض القوامة إليه فلو استدان فى ثمنه وقع الشراء له اه .

قلت : لكن فى التاترخانية قال الفقيه : ينبغى أن يكون ذلك بأمر الحاكم احتياطا فى موضع الخلاف (قوله ويجوز بيعها فى الأصح) فى البزازية بعد ذكر ماتقدم وذكر أبو الليث فى الاستحسان يصير وقفا وهذ صريح فى أنه المختار اه رملى .

قلت : وفى التتارخانية المختار أنه يجوز بيعها إن احتاجوا إليه .

مطلب فى الإمام والمؤذن إذا مات فى أثناء السنة

(قوله كالقاضى) فإنه يسقط حقه إلا إذا مات فى آخر السنة فيستحب الصرف لورثته كما فى الهداية قبيل باب المرتد (قوله وقيل لايسقط) أى بل يعطى بقدر ماباشر ويصير ميراثا عنه كما يأتى (قوله قلت قد جزم فى البغية الخ) أى فجزمه به يقتضى ترجيحه . قلت : ووجهه ماسيذكره فى مسألة الجامكية أن لها شبه الأجرة وشبه الصلة ، ثم إن المتقدمين منعوا أخذ الأجرة على الطاعات ، وأفتى المتأخرون بجوازه على التعليم والأذان والإمامة فالظاهر أن من نظر إلى مذهب المتقدمين رجح شبه الصلة فقال بسقوطها بالموت ، لأن الصلة لاتملك قبل القبض ، ومن نظر إلى مذهب المتأخرين رجح شبه الأجرة فقال بعدم السقوط ، وحيث كان مذهب المتأخرين هو المفتى به جزم فى البغية بالثانى ، بخلاف رزق القاضى ، فإنه ليس له شبه بالأجرة أصلا إذ لاقائل بأخذ الأجرة على القضاء .

مطلب إذا مات المدرس ونحوه يعطى بقدر ماباشر بخلاف الوقف على الذرية

وعلى هذا مشى الطرسوسى فى أنفع الوسائل على أن المدرس ونحوه من أصحاب الوظائف إذا مات فى أثناء السنة يعطى بقدر ماباشر ويسقط الباقى وقال بخلاف الوقف على الأولاد والذرية ، فإنه يعتبر فيهم وقت ظهور الغلة ، فمن مات بعد ظهورها ولو لم يبد صلاحها صار مايستحقه لورثته وإلا سقط اه وتبعه فى الأشباه وأفتى به فى الخيرية وهو الذى حرره المرحوم مفتى الروم أبو السعود العمادى ، وهذا خلاصة ما قدمناه فى كتاب الجهاد قبيل فصل القسمة ، وقبيل باب المرتد ولو كان الوقف يؤجر أقساطا فتمام كل قسط بمنزلة طلوع الغلة فمن وجد وقته استحق كما أفتى به الحانوتى تبعا للفتح ، وبما قررناه ظهر سقوط مانقله البيرى عن شيخ الشيوخ الديرى من أنه ينبغى أن يعمل بهذا القول ، وهو عدم السقوط بالموت فى حق المدرس والطلبة لافى حق المؤذن والإمام لأن الأذان والإمامة من فروض الكفاية ، فلا تكون بمقابلة أجرة اه ملخصا فإن المتأخرين أفتوا بأخذ الأجرة على الثلاثة .

وإن آجرها الإمام لأعمادية أخذ الإمام الغلة وقت الإدراك ، وذهب قبل تمام السنة لأيسترد منه غلة باقى السنة فصار كالجزية وموت القاضى قبل الحول ، ويحل للإمام غلة باقى السنة لو فقيرا وكذا الحكم فى طلبة العلم فى المدارس درر ؛ ونظم ابن الشحنة الغيبة المسقطة للمعلوم المقتضية للعزل .

مطلب إذا مات من له شىء من الصر والحب يستحق نصيبه

[تنبيه] ذكر البيرى أيضا أنه سئل العلامة ابن ظهيرة القرشى الحنفى إذا كان للميت شىء من الصر والحب وورد ذلك عن السنين الماضية فى حياته(١) وفى السنة التى مات فيها هل يستحقه بقسطه ؟ أجاب : نعم يستحق نصيبه منه ، وإن كان مبرة من السلطان صار نصيبه فى حكم المحلول ، وذكر الإمام أبو الليث فى النوازل أنه يكون لورثته اه ويؤيده مافى البزازية عن محمد قوم أمروا أن يكتبوا مساكين مسجدهم فكتبوا ورفعوا أساميهم وأخرجوا الدراهم على عددهم فمات واحد من المساكين قال : يعطى وارثه إن مات بعد رفع اسمه اه ومنه يعلم حكم الأمانات الواصلة لأهل مكة المشرفة والمدينة المنورة على وجه الصلة والمبرة ثم يموت المرسل إليه ، وقد أفتيت بدفع ذلك لولده بيرى (قوله وإن آجرها الإمام لا) أى لايسقط معلومه تنزيلا لعقده منزلة القبض تأمل ، لكن تقدم أن الموقوف عليه الغلة أو السكنى لايملك الإجارة والظاهر أن هذا الفرع مبنى على القول الأول بالسقوط .

مطلب فيما إذا قبض المعلوم وغاب قبل تمام السنة

(قوله أخذ الإمام الغلة) أى قبض معلوم السنة بتمامها كما فى البحر قال فى الهندية : إمام المسجد رفع الغلة وذهب قبل مضى السنة لايسترد منه الصلة والعبرة بوقت الحصاد ، فإن كان يؤم فى المسجد وقت الحصاد يستحق كذا فى الوجيز وهل يحل للإمام أكل حصة ما بقى من السنة إن كان فقيرا يحل ، وكذا الحكم فى طلبة العلم يعطون فى كل سنة شيئا مقدرا من الغلة وقت الإدراك فأخذ واحد منهم قسطه وقت الإدراك، فتحول عن تلك المدرسة كذا فى المحيط اه وقوله : والعبرة بوقت الحصاد ظاهره المنافاة لما قدمناه عن الطرسوسى لكن أجاب فى البحر : بأن المراد أن العبرة به فيما إذا قبض معلوم السنة قبل مضيها لا لاستحقاقه بلا قبض قال مع أنه نقل فى القنية عن بعض الكتب أنه ينبغى أن يسترد من الإمام حصة مالم يؤم فيه قال ط : قلت : وهو الأقرب لغرض الواقف اه .

قلت : وينبغى تقييد هذا بما إذا لم يكن ذلك مقدرا لكل يوم لما قدمنا عن القنية إن كان الواقف قدر للمدرس لكل يوم مبلغا فلم يدرس يوم الجمعة أو الثلاثاء ، لايحل أجر هذين اليومين وتقدم تمامه قبيل قوله ولو دارا فعمارته على من له السكنى (قوله فصار كالجزية) أى إذا مات الذمى فى أثناء السنة لايؤخذ منه الجزية لما مضى من الحول ويحتمل أن المراد أنه إذا عجلها أثناء السنة ثم أسلم أو مات لاتسترد ط (قوله ونظم ابن شحنة الغيبة الخ) أقول : حاصل مافى شرحه تبعا للبزازية أنه إذا غاب عن المدرسة فإما أن يخرج من المصر أولا فإن خرج مسيرة سفر ثم رجع ليس له طلب مامضى من معلومه بل يسقط ، وكذا لو سافر لحج ونحوه وإن لم يخرج لسفر بأن خرج إلى الرستاق فإن أقام خمسة عشر يوما فأكثر فإن بلا عذر كالخروج للتنزه فكذلك وإن لعذر كطلب المعاش فهو عفو إلا أن تزيد غيبته على ثلاثة أشهر ، فلغيره أخذ حجرته ووظيفته أى معلومه وإن لم يخرج من المصر فإن اشتغل

---

(١) (قوله فى حياته) متعلق بالماضية وقوله: يستحق نصيبه منه أى من الوارد المفهوم من ورد اه .

ومنه : وما ليس بد منه إن لم يزد على ثلاث شهور فهو يعفى ويغفر
وقدأطبقوا لايأخذ السهم مطلقا لما قدمضى والحكم فى الشرع يسفر

قلت : وهذا كله فى سكان المدرسة ، وفى غير فرض الحج وصلة الرحم أما فيهما فلا يستحق العزل والمعلوم كما فى شرح الوهبانية للشرنبلالى فى المنظومة المحبية :

لاتجز استنابة الفقيه لا ولا المدرس لعذر حصلا
كذاك حكم سائر الأرباب أو لم يكن عذر فذا من باب

بكتابة علم شرعى ، فهو عفو وإلا جاز عزله أيضا واختلاف ، فيما إذا خرج للرستاق وأقام دون خمسة عشر يوما لغير عذر فقيل : يسقط ، وقيل : لاهذا حاصل ماذكره ابن الشحنة فى شرحه .

وملخصه : أنه لايسقط معلومه الماضى ، ولا يعزل فى الآتى إذاكان فى المصر مشتغلا بعلم شرعى أو خرج لغير سفر ، وأقام دون خمسة عشر يوما بلا عذر على أحد القولين أو خمسة عشر فأكثر ، لكن لعذر شرعى كطلب المعاش ، ولم يزد على ثلاثة أشهر وأنه يسقط الماضى ، ولا يعزل لو خرج مدة سفر ورجع أو سافر لحج ونحوه أوخرج للرستاق لغيرعذر مالم يزد على ثلاثة أشهر ،وأنه يسقط الماضى ويعزل لو كان فى المصرغير مشتغل بعلم شرعى أو خرج منه وأقام أكثر من ثلاثة أشهر ، ولو لعذر قال الخير الرملى : وكل هذا إذا لم ينصب نائبا عنه وإلا فليس لغيره أخذ وظيفته اهـ ويأتى قريبا حكم النيابة هذا وفى القنية من باب الإمامة إمام يترك الإمامة لزيارة أقربائه فى الرساتيق أسبوعا أو نحوه أو لمصيبة أو لاستراحة لابأس به ومثله عفو فى العادة والشرع اهـ وهذا مبنى على القول بأن خروجه أقل من خمسة عشر يوما بلا عذر شرعى ، لايسقط معلومه ، وقد ذكر فى الأشباه فى قاعدة العادة محكمة عبارة القنية هذه وحملها على أنه يسامح أسبوعا فى كل شهر ، واعترضه بعض محشيه بأن قوله فى كل شهر ، ليس فى عبارة القنية مايدل عليه قلت : والأظهر ما فى آخر شرح منية المصلى للحلبى أن الظاهر أن المراد فى كل سنة .

[تنبيه] ذكر الخصاف أنه لو أصاب القيم خرس أو عمى أو جنون أو فالج أو نحوه من الآفات ، فإن أمكنه الكلام والأمر والنهى والأخذ والإعطاء فله أخذ الأجر ، وإلا فلا قال الطرسوسى : ومقتضاه أن المدرس ونحوه إذا أصابه عذر من مرض أو حج بحيث لايمكنه المباشرة لايستحق المعلوم لأنه أراد الحكم فى المعلوم على نفس المباشرة فإن وجدت استحق المعلوم وإلا فلا وهذا هو الفقه اهـ ملخصا .

قلت : ولا ينافى هذا مامر من المسامحة بأسبوع ونحوه لأن القليل مغتفر كما سومح بالبطالة المعتادة على مامر بيانه فى محله (قوله ومنه) أى من النظم لأن ابن الشحنة نظم فى هذه المسألة خمسة أبيات فاقتصر الشارح على بيتين منها (قوله مطلقا) أى سواء كان له منه بد أو لا لكن بعد كونه مسيرة سفر كما أفاده بقوله : والحكم فى الشرع يسفر بفتح الياء من السفر قال ناظمه والمراد بقولنا فى الشرع يسفر أى من يعد مسافرا شرعا . لكن اعترضه ط بقول القاموس السافر والمسافر لافعل له .

مطلب فى الغيبة التى يستحق بها العزل عن الوظيفة ومالا يستحق

(قوله قلت وهذا) أى التفصيل المذكور فى الغيبة إنما هو فيما إذا قال : وقفت هذا على ساكنى مدرستى ، وأطلق أما لوشرط شرطا تبع كحضور الدرس أياما معلومة فى كل جمعة فلا يستحق المعلوم إلا من باشر خصوصا إذا قال من غاب عن الدرس قطع معلومه فيجب اتباعه وتمامه فى البحر (قوله أما فيهما) أى فى فرض الحج وصلة الرحم (قوله والمعلوم) بالنصب عطفا على العزل (قوله لاتجز استنابة الفقيه) لاناهية وتجز مجزوم بها وهو

بضم أوله وكسر ثانيه ، ولا الثانية تأكيد للأولى وقوله : سائر الأرباب أى أصحاب الوظائف وقوله : فذا من باب أى عدم جواز الاستنابة إن لم يكن عذر من باب أولى ، وقد تابع الناظم فى هذا مافهمه الطرسوسى من كلام الخصاف المار آنفا قال : فإنه لم يجعل له الاستنابة مع قيام الأعذار المذكورة فإنها لو جازت لقال ، ويجعل له من يقوم مقامه إلى زوال عذره ، واعترضه فى البحر بأن الخصاف صرح بأن للقيم أن يوكل وكيلا يقوم مقامه ، وله أن يجعل له من المعلوم شيئا وكذا فى الإسعاف وهذا كالتصريح بجواز الاستنابة ، لأن النائب وكيل بالأجرة وفى القنية استخلف الإمام خليفة فى المسجد ليؤم فيه زمان غيبته لايستحق الخليفة من أوقاف الإمامة شيئا إن كان الإمام أم أكثر السنة اه . وفى الخلاصة أن الإمام يجوز استخلافه بلا إذن بخلاف القاضى ، وعلى هذا لاتكون وظيفته شاغرة ، وتصح النيابة .

مطلب مهم فى الاستنابة فى الوظائف

قال فى البحر : وحاصل مافى القنية : أن النائب لايستحق شيئا من الوقف لأن الاستحقاق بالتقرير ، ولم يوجد ويستحق الأصيل الكل إن عمل أكثر السنة وسكت عما يعينه الأصيل للنائب كل شهر فى مقابلة عمله والظاهر أنه يستحق لأنها إجارة وقد وفى العمل بناء على قول المتأخرين المفتى به من جواز الاستئجار على الإمامة والتدريس وتعليم القرآن وعلى القول بعدم جواز الاستنابة إذا لم يعمل الأصيل وعمل النائب كانت الوظيفة شاغرة ، ولايجوز للناظر الصرف إلى واحد منهما ويجوز للقاضى عزله وعمل الناس بالقاهرة على الجواز وعدم اعتبارها شاغرة مع وجود النيابة ثم قال : فالذى تحرر جواز الاستنابة فى الوظائف اه ويؤيده مامر فى الجمعة من ترجيح جواز استنابة الخطيب قال الخير الرملى فى حاشيته ماتقدم عن الخلاصة ذكره فى كتاب القضاء من الكنز والهداية وكثير من المتون والشروح والفتاوى ، ويجب تقييد جواز الاستنابة بوظيفة تقبل الإنابة كالتدريس ، بخلاف التعلم ، وحيث تحرر الجواز فلا فرق بين أن يكون المستناب مساويا له فى الفضيلة ، أو فوقه أو دونه كما هو ظاهر ، ورأيت لمتأخرى الشافعية من قيده بالمساوى ، وبما فوقه وبعضهم قال : بجوازه مطلقا ولو دونه وهو الظاهر والله تعالى أعلم اه .

وقال فى الخيرية : بعد نقل حاصل مافى البحر والمسألة وضع فيها رسائل ، ويجب العمل بما عليه الناس وخصوصا مع العذر وعلى ذلك جميع المعلوم للمستنيب وليس للنائب إلا الأجرة التى استأجره بها اه .

قلت : وهذا اختيار لخلاف ما أفتى به علامة الوجود المفتى أبو السعود من اشتراط العذر الشرعى وكون الوظيفة مما يقبل النيابة كالإفتاء والتدريس وكون النائب مثل الأصيل أو خيرا منه وأن المعلوم بتمامه يكون للنائب ليس للأصيل منه شىء اه ونقله البيرى وقال : إنه الحق ، لكنه نقل عن الشيخ بدر الدين الشهاوى الحنفى مثل مافى البحر ، وعن شيخ مشايخه القاضى على بن ظهيرة الحنفى اشتراط العذر .

مطلب فيما إذا شرط المعلوم لمباشر الإمامة لايستحق المستنيب

قلت : أما اشتراط العذر ، فله وجه وأما كون النائب مثل الأصيل أو خيرا منه فهو بعيد حيث وجدت فى النائب أهلية تلك الوظيفة ، إلا أن يراد مثله فى الأهلية ، ويشير إليه مافى فتاوى ابن الشلبى حيث سئل عن الناظر

والمتولى لو لوقف أجرا لـكنه فى صكه ماذكرا
من أى جهة تولى الوقفا ماجوزوا ذلك حيث يلفى
ومثله الوصى إذ يختلف حكمهما فى ذا على مايعرف
بحسب التقليد والنصب فقس كل التصرفات كى لاتلتبس

قلت : لـكن للسيوطى رسالة سماها الضبابة فى جواز الاستنابة ، ونقل الاجماع على ذلك فليحفظ (ولاية نصب القيم إلى الواقف

إذا ضعفت قوته عن التحدث على الوقف هل له أن يأذن لغيره فيه بقية حياته وهل له النزول عن النظر؟ أجاب : نعم له استنابة من فيه العدالة والكفاية ولايصح نزوله عن النظر المشروط له ولو عزل نفسه لم ينعزل اه وأما كون المعلوم للنائب فينافيه مامر عن البحر من أن الاستحقاق بالتقرير ، ولاسيما إذا باشر الأصيل أكثر السنة ، فصريح ما مر عن القنية أنه لا يستحق النائب شيئا أى إلا إذا شرط له الأصيل أجرة أما إذا كان المباشر هو النائب وحده وشرط الواقف المعلوم لمباشر الإمامة أو التدريس مثلا فلا خفاء فى اختصاصه بالمعلوم بتمامه ، وكتبت فى تنقيح الحامدية عن المحقق الشيخ عبد الرحمن أفندى العمادى أنه سئل فيما إذا كان لمؤذنى جامع مرتبات فى أوقات شرطها واقفوها لهم فى مقابلة أدعية يباشرونها للواقفين المذكورين وجعل جماعة من المؤذنين لهم نوابا عنهم فى ذلك ، فهل يستحق النواب المباشرون للأذان والأدعية المزبورة المرتبات المرقومة دون الجماعة المذكورين الجواب : نعم .

مطلب فيما إذا أجر ولم يذكر جهة توليته

(قوله والمتولى لو وقف أجرا الخ) فى الإسعاف الناظر إذا آجر أو تصرف تصرفا آخر ، وكتب فى الصك آجر وهو متولى على هذا الوقف ، ولم يذكر أنه متول من أى جهة قالوا تكون فاسدة اه .

قلت : وهذا مشكل إذ لو كان متوليا فى نفس الأمر من جهة الواقف أو القاضى يصح إيجاره والظاهر أن المراد فساد كتابة الصك ، لأن الصكوك تبنى على زيادة الإيضاح ، ولأنه لا يمكن للحاكم أن يحكم بصحة إيجاره وباقى تصرفاته مالم يصح نصبه ممن له ولاية ذلك يؤيده مافى السابع والعشرين من جامع الفصولين : لو كان الوصى أو المتولى من جهة الحاكم فالأوثق أن يكتب فى الصكوك، والسجلات ، وهو الوصى من جهة حاكم له ولاية نصب الوصية والتولية ، لأنه لو اقتصر على قوله وهو الوصى من الحاكم ربما يكون من حاكم ليس له ولاية نصب الوصى ، فإن القاضى لايملك نصب الوصى والمتولى إلا إذا كان ذكر التصرف فى الأوقاف والأيتام منصوصا عليه فى منشوره فصار كحكم نائب القاضى فإنه لابد أن يذكروا أن فلانا القاضى مأذون بالإنابة تحرزا عن هذا الوهم اه قال فى البحر : ولا شك أن قول السلطان جعلتك قاضى القضاة كالتنصيص على هذه الأشياء فى المنشور كما صرح به فى الخلاصة فى مسألة استخلاف القاضى اه . (قوله بحسب التقليد) متعلق بقوله يختلف (قوله فقس كل التصرفات) أى على الإجارة وذلك كالبيع والشراء وقوله : كى لا تلتبس أى الأحكام وهو علة لقوله ماجوزوا ط (قوله سماها الضبابة) اسمها كشف الضبابة فى القاموس الضباب بالفتح : ندى كالغيم أو سحاب رقيق كالدخان ط .

مطلب ولاية نصب القيم إلى الوقف ثم لوصيه ثم للقاضى

(قوله ولاية نصب القيم إلى الواقف) قال فى البحر قدمنا أن الولاية للواقف ثابتة مدة حياته وإن لم يشترطها وأن له عزل المتولى، وأن من ولاه لايكون له النظر بعد موته أى موت الواقف إلا بالشرط على قول أبى يوسف .

ثم لوصيه) لقيامه مقامه ولو جعله على أمر الوقف فقط كان وصيا فى كل شىء خلافا للثانى ولو جعل النظر لرجل ثم جعل آخر وصيا كانا ناظرين مالم يخصص ، وتمامه فى الاسعاف فلو وجد كتابا وقف فى كل اسم متول وتاريخ الثانى متأخر اشتركا بحر :

مطلب الأفضل فى زماننا نصب المتولى بلا إعلام القاضى وكذا وصى اليتيم

ثم ذكر عن التتارخانية ماحاصله أن أهل المسجد لو اتفقوا على نصب رجل متوليا لمصالح المسجد فعند المتقدمين يصح ولكن الأفضل كونه بإذن القاضى ، ثم اتفق المتأخرون إن الأفضل أن لايعلموا القاضى فى زماننا لما عرف من طمع القضاة فى أموال الأوقاف ، وكذلك إذا كان الوقف على أرباب معلومين يحصى عددهم إذا نصبوا متوليا وهم من أهل الصلاح اه :

قلت : ذكروا مثل هذا فى وصى اليتيم وأنه لو تصرف فى ماله أحد من أهل السكة من بيع ، أو شراء جاز فى زماننا للضرورة ، وفى الخانية :أنه استحسان وبه يفتى . وأما ولاية نصب الإمام والمؤذن فسيذكرها المصنف .

مطلب الوصى يصير متوليا بلا نص

(قوله ثم لوصيه) فلو نصب الواقف عند موته وصيا ولم يذكر من أمر الوقف شيئا تكون ولاية الوقف إلى الوصى بحر . ومقتضى قولهم وصى القاضى كوصى الميت إلا فى مسائل : إن وصى القاضى هنا كذلك لعدم استثنائه من الضابط المذكور أفاده الرملى :

قلت : ووصى الوصى كالوصى كما يأتى (قوله كان وصيا فى كل شىء) هو ظاهر الرواية وهو الصحيح تتارخانية (قوله خلافا للثانى) فعنده إذا قال له أنت وصيى فى أمر الوقف فهو وصى فى الوقف فقط ، وهو قول هلال أيضا وجعل فى الخانية أبا يوسف مع أبى حنيفة فكان عنه روايتان إسعاف ؛ وفى التتارخانية إنه قول محمد أيضا وجعل مافى الخانية ظاهر الرواية عن أبى يوسف فكان الأولى أن يقول خلافا لمحمد وأن يحذف قوله فقط (قوله مالم يخصص) بأن يقول : وقفت أرضى على كذا وجعلت ولايتها لفلان ، وجعلت فلانا وصيى فى تركاتى وجميع أمورى ، فحينئذ ينفرد كل منهما بما فوض إليه إسعاف . ولعل وجهه(١) أن تخصيص كل منهما بشىء فى مجلس واحد قرينة على عدم المشاركة لكن فى أنفع الوسائل عن الذخيرة ولو أوصى لرجل فى الوقف وأوصى إلى آخر فى ولده كانا وصيين فيهما جميعا عند أبى حنيفة وأبى يوسف اه تأمل :

مطلب نصب متوليا ثم آخر اشتركا

(قوله فلو وجد كتابا وقف الخ) أى كتابان لوقف واحد وهذا الجواب أخذه فى البحر من عبارة الإسعاف المذكورة ثم قال : ولا يقال إن الثانى ناسخ كما تقدم عن الخصاف فى الشرائط أى من أنه لو شرط أن لاتباع ثم قال فى آخره : على أن له الاستبدال كان له لأن الثانى ناسخ للأول ، لأنا نقول إن التولية من الواقف خارجة عن حكم سائر الشرائط ، لأن له فيها التغيير والتبديل ، كلما بدا له من غير شرط فى عقدة الوقف على قول أبى يوسف وأما باقى الشرائط فلابد من ذكرها فى أصل الوقف اه . وفيه نظر بل تعليله يدل على خلافه فتأمل : نعم ذكر

---

(١) (قوله ولعل وجهه الخ) لاحاجة إليه بل هذا مفرع على قول محمد ويصح تفريعه على قولهما وأيضا هذا الفرع منقول عن الإسعاف وليس فيه العزو إلى أحد من الأئمة اه .

[فرع] طالب التولية لأيولى إلاّ المشروط له النظر لأنه مولى فيريد التنفيذ نهر (ثم) إذا مات المشروط له بعد موت الواقف ولم يوص لأحد فولاية النصب

فى أنفع الوسائل عن الخصاف إذا وقف أرضين كل أرض على قوم وجعل ولاية كل أرض إلى رجل ، ثم أوصى بعد ذلك إلى زيد فلزيد أن يتولى مع الرجلين ، فإن أوصى زيد إلى عمرو فلعمرو مثل ماكان لزيد قال فى أنفع الوسائل فقد جعل وصى الوصى بمنزلة الواقف ، حتى جعل له أن يشارك من جعل الواقف النظر له اه وفى أدب الأوصياء عن التاترخانية : أوصى إلى رجل ومكث زمانا فأوصى إلى آخر فهماوصيان فى كل وصاياه ، سواء تذكر إيصاءه إلى الأول أو نسى لأن الوصى عندنا لاينعزل مالم يعزله الموصى ، حتى لو كان بين وصيتيه مدة سنة أو أكثر لاينعزل الأول عن الوصاية اه وقد قالوا إن الوقف يستقى من الوصية . نعم فى القنية : لو نصب القاضى قيما آخر لاينعزل الأول إن كان منصوبا من الواقف فلومن جهته ويعلمه وقت نصب الثانى ينعزل ، ومفاده الفرق بين الواقف والقاضى فى نصب الثانى ففى الواقف يشارك ، وفى القاضى يختص الثانى وينعزل الأول إن كان يعلمه وقت نصب الثانى فاغتنم هذا التحرير ؛

مطلب طالب التولية لايولى

(قوله طالب التولية لايولى) كمن طلب القضاء لايقلد فتح ، وهل المراد أنه لاينبغى أولايحل استظهر فى البحر الأول تأمل (قوله إلا المشروط له النظر) بأن قال جعلت نظر وقفى لفلان ، والظاهر أن مثله مالو شرطه للذكور من الموقوف عليهم ولم يوجد غير ذكر واحد ، وأما لو انحصر الوقف فى واحد لايلزم أن يكون هو الناظر عليه بلاشرط الواقف كما قدمناه عن جامع الفصولين عند قوله الموقوف عليه لايملك الإيجار ولا الدعوى ؛

مطلب التولية خارجة عن حكم سائر الشرائط

لأن له فيها التغيير بلا شرط بخلاف باقى الشرائط

(قوله بعد موت الواقف الخ) قيد به لأنه لو مات قبله قال فى المجتبى ولاية النصب للواقف وفى السير الكبير قال محمد النصب للقاضى اه ؛ وفى الفتاوى الصغرى : الرأى للواقف لا للقاضى ، فإن كان الواقف ميتا فوصيه أولى من القاضى فإن لم يكن أوصى فالرأى للقاضى اه بحر ومفاده أنه لايملك التصرف فى الوقف مع وجود المتولى ومنه الإيجار كما حررناه عند قول المصنف ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها الخ ويؤيده قوله فى البحر بعد مانقلناه عنه ؛

مطلب ولاية القاضى متأخرة عن المشروط له ووصيه

فأفاد أن ولاية القاضى متأخرة عن المشروط له ووصيه ، فيستفاد منه عدم صحة تقرير القاضى فى الوظائف فى الأوقاف إذاكان الواقف شرط التقرير للمتولى ، وهو خلاف الواقع فى القاهرة فى زماننا وقبله بيسير اه وأفتى فى الخيرية بهذا المستفاد وقال : وبه أفتى العلامة قاسم كما قدمناه عند قول المصنف وينزع لو غير مأمون (قوله ولم يوص) أى المشروطة له قال فى البحر : إذا مات المتولى المشروط له بعد الواقف فالقاضى ينصب غيره ، وشرط فى المجتبى أن لايكون المتولى أوصى به لآخر عند موته ، فإن أوصى لاينصب القاضى اه .

(للقاضى) إذ لاولاية لمستحق إلا بتولية كما مر (وما دام أحد يصلح للتولية من أقارب الواقف لايجعل المتولى من الأجانب) لأنه أشفق

قلت: وهذا إذا لم يكن الواقف شرط بعد المتولى المذكور إلى آخر لأنه يصير مشروطا أيضا ويأتى بيانه قريبا .

مطلب المراد قاضى القضاة فى كل موضع ذكروا القاضى فى أمور الأوقاف

(قوله للقاضى) قيده فى البحر بقاضى القضاة أخذا من عبارة جامع الفصولين التى قدمناها قبل ورقة ثم قال وعلى هذا فقولهم فى الاستدانة بأمر القاضى المراد به قاضى القضاة وفى كل موضع ذكروا القاضى فى أمور الأوقاف بخلاف قولهم : وإذا رفع إليه حكم قاض أمضاه فإنه أعم كما لايخفى اه .

مطلب نائب القاضى لايملك إبطال الوقف

قال فى الخيرية وهو صريح فى أن نائب القاضى لايملك إبطال الوقف ، وإنما ذلك خاص بالأصل الذى ذكره له السلطان فى منشوره نصب الولاة والأوصياء ، وفوض له أمور الأوقاف ، وينبغى الاعتماد عليه وإن بحث فيه شيخنا الشيخ محمد بن سراج الدين الحانوتى لما فى إطلاق مثله للنواب فى هذا الزمان من الاختلال والمسألة لانص فيها بخصوصها فيما اطلعنا عليه ، وكذا فيما اطلع عليه شيخنا المذكور وصاحب البحر وإنما استخرجها تفقها اه ونقل فى حاشيته على البحر عبارة شيخه الحانوتى بطولها ، وأقرها ومن جملتها ومما يدل على عدم اختصاص قاضى القضاة باستبدال الوقف ، بل يجوز من نائبه أيضا أن نائبه قائم مقامه ؛ ولذا كان المفهوم من كلامهم أنه إذا شرط فى منشوره تزويج الصغائر والصغار كان لمنصوبه ذلك وعبارة ابن الهمام فى ترتيب الأولياء فى النكاح ، ثم السلطان ثم القاضى إذا شرط فى عهده ذلك ثم من نصبه القاضى اه ملخصا .

[تنبيه] قدمنا عن البحر أن المتولى ينعزل بموت الواقف إلا إذا جعله قيما فى حياته ، وبعد موته وذكر فى القنية إذا مات القاضى أو عزل يبقى ما نصبه على حاله قياسا على نائبه فى القضاء اه قال فى أنفع الوسائل : وينبغى أن يحمل على ما إذا عمم له الولاية فى حياته وبعد وفاته ، لأن القاضى بمنزلة الواقف اللهم إلا أن يقال إن ولاية القاضى أعم وفعله حكم ، وحكمه لايبطل بموته ولا عزله وتمامه فيه لكنه ذكر أن ولاية الوقف للقاضى وإن لم يشرطها السلطان فى تقليده ، ولم يعزه إلى أحد وهو خلاف المنقول فى جامع الفصولين كما علمت (قوله إذلا ولاية لمستحق) تعليل لما فهم من حصر الولاية بمن ذكر (قوله كما مر) أى من قوله والموقوف عليه الغلة لايملك الإجارة إلا بتولية وقدمناه قريبا .

مطلب لايجعل الناظر من غير أهل الوقف

(قوله وما دام أحد الخ) المسألة فى كافى الحاكم ونصها : ولا يجعل القيم فيه من الأجانب ما وجد فى ولد الواقف ، وأهل بيته من يصلح لذلك فإن لم يجد فيهم من يصلح لذلك ، فجعله إلى أجنبى ثم صار فيهم من يصلح له صرفه إليه اه ومفاده : تقديم أولاد الواقف وإن لم يكن الوقف عليهم بأن كان على مسجد أو غيره ، ويدل له التعليل الآتى وفى الهندية عن التهذيب : والأفضل أن ينصب من أولاد الموقوف عليه ، وأقاربه مادام يوجد أحدمنهم يصلح لذلك اه والظاهر : أن مراده بالموقوف عليه من كان من أولاد الواقف ، فلا ينافى ماقبله ثم تعبيره بالأفضل

ومن قصده نسبة الوقف إليهم (أراد المتولى إقامة غيره مقامه فى حياته) وصحته (إن كان التفويض له) بالشرط (عاما صح) ولا يملك عزله إلا إذا كان الواقف جعل له التفويض والعزل (وإلا) فإن فوض فى صحته (لا) يصح وإن فى مرض موته صح وينبغى أن يكون له العزل والتفويض إلى غيره كالإيصاء أشباه.

يفيد أنه لو نصب أجنبيا مع وجود من يصلح من أولاد الواقف يصح فافهم . ولا ينافى ذلك مافى جامع الفصولين من أنه لو شرط الواقف كون المتولى من أولاده وأولادهم ليس للقاضى أن يولى غيرهم بلا خيانة ، ولو فعل لا يصير متوليا اه لأنه فيما إذا شرطه الواقف وكلامنا عند عدم الشرط ، ووقع قريبا من أواخر كتاب الوقف من الخيرية مايفيد أنه فهم عدم الصحة مطلقا كما هو المتبادر من لفظ لايجعل فتأمل . وأفتى أيضا بأن من كان من أهل الوقف لايشترط كونه مستحقا بالفعل بل يكفى كونه مستحقا بعد زوال المانع وهو ظاهر ، ثم لايخفى أن تقديم من ذكر مشروط بقيام الأهلية فيه حتى لو كان خائنا يولى أجنبى حيث لم يوجد فيهم أهل لأنه إذا كان الواقف نفسه يعزل بالخانية فغيره بالأولى .

مطلب إذا قبل الأجنبى النظر مجانا فللقاضى نصبه

[تنبيه] قدمنا عن البيرى عن حاوى الحصيرى عن وقف الأنصارى أنه إذا لم يكن من يتولى الوقف من جيران الواقف وقرابته إلا برزق ويقبل واحد من غيرهم بلا رزق فللقاضى أن ينظر الأصلح لأهل الوقف (قوله ومن قصده) أى قصد الواقف . وعبارة الإسعاف أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه وذلك فيما ذكرنا .

مطلب للناظر أن يوكل غيره

(قوله أراد المتولى إقامة غيره مقامه) أى بطريق الاستقلال ، أما بطريق التوكيل فلا يتقيد بمرض الموت . وفى الفتح للناظر أن يوكل من يقوم بما كان إليه من أمر الوقف ويجعل له من جعله شيئا وله أن يعزله ويستبدل به أو لايستبدل ، ولو جن انعزل وكيله ويرجع إلى القاضى فى النصب اه وشمل كلام المصنف المتولى من جهة القاضى أو الواقف كما فى أنفع الوسائل عن التتمة ، وقال وهو أعم من قوله فى القنية للمتولى أن يفوض فيما فوض إليه إن عمم القاضى التفويض إليه وإلا فلا اه فإن ظاهره أن هذا الحكم فى المتولى من جهة القاضى فقط (قوله وصحته) عطف تفسير أراد به بيان أن المراد بالحياة ماقابل المرض ، وهو الصحة لامايشملهما فافهم .

(قوله إن كان التفويض له بالشرط عاما صح) لم يظهر لى معنى قوله بالشرط ، ولعل المراد به اشتراط الواقف أو القاضى ذلك له وقت النصب ، ومعنى العموم كما فى أنفع الوسائل أنه ولاه وأقامه مقام نفسه وجعل له أن يسنده ويوصى به إلى من شاء ففى هذه الصورة يجوز التفويض منه فى حال الحياة وفى حالة المرض المتصل بالموت اه (قوله ولايملك عزله الخ) هذا ذكره الطرطوسى بحثا وقال بخلاف الواقف ، فإن له عزل القيم وإن لم يشرطه والقيم لايملكه كالوكيل إذا أذن له الموكل فى أن يوكل فوكل حيث لم يملك العزل ، وكالقاضى إذا أذن له السلطان فى الاستخلاف فاستخلف شخصا لايملك عزله ، إلا إن شرط له السلطان العزل وأطال فى ذلك فراجعه إن شئت (قوله وإلا) أى وإن لم يكن التفويض له عاما لايصح ، وقوله : فإن فوض فى صحته الأولى حذفه لأن الكلام فى الصحة ، وحينئذ فقوله وإن فى مرض موته مقابل لقوله فى حياته وإنما صح إذا فوض فى مرض

قال : وسئلت عن ناظر معين بالشرط ثم من بعده للحاكم فهل إذا فوض النظر لغيره ثم مات ينتقل للحاكم ؟ فأجبت : إن فوض فى صحته فنعم ، وإن فى مرض موته لامادام المفوض له باقيا لقيامه مقامه ،

موته وإن لم يكن التفويض له عاما لما فى الخانية من أنه بمنزلة الوصى (١) وللوصى أن يوصى إلى غيره اه وسيذكر الشارح فى كتاب الإقرار عن الأشباه الفعل فى المرض أحط رتبة من الفعل فى الصحة إلا فى مسألة إسناد الناظر النظر لغيره بلا شرط فإنه فى مرض الموت صحيح لافى الصحة كما فى التتمة وغيرها اه . ووجهه ماعلمته من أنه بمنزلة الوصى . ولما كان الوصى له عزل من أوصى إليه ونصب غيره اتجه قوله : وينبغى أن يكون له العزل والتفويض كالإيصاء بخلاف الإسناد فى حال الصحة لأنه فى حال الصحة كالوكيل ولايملك الوكيل العزل كما مر .

مطلب فى الفرق بين تفويض الناظر النظر فى صحته و بين فراغه عنه

[تنبيه] صرحوا بصحة الفراغ عن النظر وغيره من الوظائف ، وأفتى العلامة قاسم بسقوط حق الفارغ بمجرد فراغه لكنه لم يتابع على ذلك فلابد من تقرير القاضى كما قدمناه عند قوله : وينزع لو غير مأمون ، وأنت خبير بأن هذا شامل للفراغ فى حال الصحة والمرض ، فينافى ماهنا من عدم صحة التفويض فى حال الصحة بلا تعميم ، وتوقفت فى ذلك مدة وظهر لى الآن الجواب بأن الفراغ مع التقرير من القاضى عزل لاتفويض ، ويدل عليه قوله فى البحر : إذا عزل نفسه عند القاضى فإنه ينصب غيره ولا ينعزل بعزل نفسه مالم يبلغ القاضى ، ثم قال : ومن عزل نفسه الفراغ عن وظيفة النظر لرجل عند القاضى الخ ، فهذا صريح فيما قلناه ولله الحمد وبه ظهر أن قولهم هنا لايصح إقامة المتولى غيره مقامه فى حياته وصحته مقيد بما إذا لم يكن عند القاضى . أما لو كان عند القاضى كان عزلا لنفسه وتقرير القاضى للغير نصب جديد وهى مسألة الفراغ بعينها وبهذا يتجه عدم سقوط حق الفارغ قبل تقرير القاضى ، خلافا لما أفتى به العلامة قاسم إذ لو سقط قبله انتقض (٢) قولهم لاتصح إقامته فى صحته بخلافه بعد تقرير القاضى ، لأنه بعده يصير عزلا لنفسه عن الوظيفة . ولايرد أن العزل يكفى فيه مجرد علم القاضى كما مر فلا حاجة إلى التقرير ، لأن الفراغ عزل خاص (٣) مشروط فإنه لم يرض بعزل نفسه إلا لتصير الوظيفة لمن نزل له عنها فإذا قرر القاضى المنزول له تحقق الشرط فتحقق العزل وبهذا تجمع كلماتهم ، فاغتنم هذا التحرير فإنه فريد (قوله قال) أى صاحب الأشباه (قوله فأجبت إن فوض الخ) أى أخذا مما مر آنفا من الفرق بين حال الصحة والمرض ، لكن فيه أن مقتضى كلام الواقف عدم الإذن باقامة غيره مقامه لافى الصحة ولافى المرض حيث شرط انتقاله من بعده للحاكم ، وكذا نقل الحموى أنه يجب انتقاله للحاكم ولو فوض فى مرضه

---

(١) (قوله لما فى الخانية من أنه بمنزلة الوصى الخ) فيه أن هذا قياس مع الفارق لأن كلامنا الآن فى تفويض المتولى بمعنى فراغه عن النظر ونزوله عنه لآخر لا فى إيصاء بالنظر حتى يصح القياس على الوصى اه أى لأن الإيصاء جعل الغير وصيا بعد الموت والتفويض جعل الغير متوليا فى الحال فافترقا اه.

(٢) (قوله إذ لو سقط قبله انتقض الخ) لاانتقاض لأن المنفى الاقامة بمعنى التولية والذى أفتى به العلامة قاسم إنما هو صحة الفراغ وعزل الفارغ ولم يقع فى كلامه التعرض لصحة التولية ولا تلازم بين صحة الفراغ والتولية أى لا يلزم من صحة فراغه لغيره بمعنى عزله لنفسه صحة توليه المفروغ له اه.

(٣) (قوله لأن الفراغ عزل خاص الخ) هذا يفيد عدم صحة توليه غير المنزول له لأن الفارغ لم يرض لعزل نفسه إلا لتصير الوظيفة لمن نزل له لأن الفراغ عزل مشروط بالصيرورة المذكورة مع أنه تقدم المحشى أنه يصح العزل ولا يتعين على القاضى تولية المفروغ له بل له أن يولى غيره اه .

وعن واقف شرط مرتبا لرجل معين ، ثم من بعده للفقراء ففرغ منه لغيره ثم مات هل ينتقل للفقراء ؟ فأجبت : بالانتقال وفيها للواقف عزل الناظر مطلقا به يفتى ولم أر حكم عزله لمدرس وإمام ولاهما ،

لأن فى التفويض تفويت العمل بالشرط المنصوص عليه من الواقف اه ونقل السيد أبو السعود : أن هذه المسألة مما لم يطلع على نص فيها اه .

مطلب شرط الواقف النظر لعبد الله ثم لزيد ليس لعبد الله أن يفوض لرجل آخر

قلت : بل هى منصوصة فى أنفع الوسائل عن أوقاف هلال ، ونصه : إذا شرط الواقف ولاية هذه الصدقة إلى عبد الله ومن بعد عبد الله إلى زيد فمات عبد الله وأوصى إلى رجل أيكون للوصى ولاية مع زيد قال لايجوز له ولاية مع زيد اه ولا يخفى أن قوله : فمات عبد الله وأوصى إلى رجل يقتضى أن ذلك فى المرض فما قيل إنه محمول على حالة الصحة فلا ينافى مافى الأشباه مردود ، بل العمل بالمتبادر من المنقول مالم يوجد نقل صريح بخلافه ، ولم يستند فى الأشباه إلى نقل حتى يعدل عن هذا المنقول الواجب العمل به لأنه مقتضى نص الواقف ، وهذا ماحرره سيدى عبد الغنى النابلسى رادا على الأشباه ، وبذلك أفتى العلامة الحانوتى أيضا فيمن شرط النظر للأرشد من ذريته ففرغ الأرشد لزوج بنته ومات فقال ينتقل لمن بعده عملا بشرط الواقف ، وتمامه فى فتاواه . وفى فتاوى الشيخ إسماعيل : التفويض المخالف لشرط الواقف لايصح فإذا شرط للإرشادففوض الأرشد فى المرض لغير الأرشد وظهرت خيانته يولى القاضى الأرشد اه وقوله : وظهرت خيانته أى خيانة المفوض حيث خالف فى تفويضه ذلك شرط الواقف ، وما اشتهر على الألسنة من أن مختار الأرشد أرشد قدمنا رده عند قوله وينزع لو غير مأمون الخ وتمام ذلك فى كتابنا تنقيح الفتاوى الحامدية (قوله شرط مرتبا) أى رتب له من ريع الوقف دراهم أوغيرها (قوله وفيها) أى فى الأشباه .

مطلب للواقف عزل الناظر

(قوله للواقف عزل الناظر مطلقا) أى سواء كان بجنحة أولا وسواء كان شرط له العزل أولا وهذا عند أبى يوسف لأنه وكيل عنه وخالفه محمد كما فى البحر : أى لأنه وكيل الفقراء عنده ، وأما عزل القاضى للناظر فقدمنا الكلام عليه عند قوله وينزع لو غير مأمون الخ (قوله به يفتى) والذى فى التجنيس والفتوى على قول محمد أى بعدم العزل عند عدم الشرط ، وجزم به فى تصحيح القدورى للعلامة قاسم وكذلك المؤلف أى ابن نجيم فى رسائله وهو من باب الاختلاف فى الاختيار اه بيرى أى فيه اختلاف التصحيح .

قلت : وهو مبنى على الاختلاف فى اشتراط التسليم إلى المتولى فإنه شرط عند محمد فلا تبقى للواقف ولاية إلا بالشرط ، وغير شرط عند أبى يوسف فتبقى ولايته فاختلاف التصحيح هنا مبنى على اختلافه هناك .

مطلب فى عزل الواقف المدرس وإمام وعزل الناظر نفسه

(قوله ولم أر حكم عزله لمدرس وإمام ولاهما) أقول : وقع التصريح بذلك في حق الإمام والمؤذن ولاريب أن المدرس كذلك بلا فرق. ففى لسان الحكام عن الخانية : إذا عرض للإمام والمؤذن عذر منعه من المباشر ستة أشهر للمتولى أن يعزله ويولى غيره ، وتقدم مايدل على جواز عزله إذا مضى شهر بيرى. أقول : إن هذا العزل لسبب مقتض والكلام عند عدمه ط .

ولو لم يجعل ناظرا فنصب القاضي لم يملك الواقف إخراجه ، ولو عزل الناظر نفسه إن علم الواقف أو القاضي صح وإلا لا .

(باع دارا) ثم باعها المشترى من آخر (ثم ادعى أنى كنت وقفتها أو قال وقف على لم تصح) فلا يحلف المشترى (ولو أقام بينة) أو أبرز حجة شرعية (قبلت) فيبطل البيع ويلزم أجر المثل فيه لا فى الملك لو استحق على المعتمد بزازية وغيرها ، وليس للمشترى حبسه بالثمن منية من الاستحقاق وهى إحدى المسائل السبع المستثناة من قولهم : من سعى فى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه

قلت : وسيذكر الشارح عن المؤيدة التصريح بالجواز لو غيره أصلح ويأتى تمام الكلام عليه ، وقدمنا عن البحر حكم عزل القاضي لمدرس ونحوه وهو أنه لايجوز إلا بجنحة وعدم أهلية (قوله فنصب القاضي) عبارة الأشباه فنصب القاضي له قيما وقضى بقوامته وظاهره أن القضاء شرط لعدم إخراج الواقف له . وذكر البيرى أن منصوب الواقف كذلك إذا قضى القاضي بقوامته لايملك الواقف إخراجه وعزاه للأجناس (قوله إن علم الواقف أو القاضي صح) فهو كالوكيل إذا عزل نفسه ، وقدمنا تمام الكلام على عزل نفسه وفراغه لآخر ، وظاهر هذا أنه ينعزل بلا عزل لكن فى الأشباه فى بحث مايقبل الإسقاط قال وفى القنية الناظر المشروط له النظر إذا عزل نفسه لاينعزل إلا أن يخرجه الواقف أوالقاضي اه تأمل .

مطلب فيمن باع دارا ثم ادعى أنها وقف

(قوله ثم باعها المشترى من آخر) ليس هذا قيدا بل ذكره ليفيد أنه لافرق فى قبول البينة بين بقائه فى يد المشترى الأول أوخروجه عنها إلى آخر أو لأنه صورة واقعة سئل عنها ابن نجيم فيمن يملك عقارا فباعه من آخر وباعه المشترى من آخر ومضى على ذلك مدة سنين ثم أظهر البائع مكتوبا شرعيا بإيقاف العقار قبل البيع فأجاب تسمع دعواه وتقبل بينته وإذا ثبت بطل البيع اه (قوله أوقال وقف على) يشير إلى أنه لافرق بين أن يكون هو الواقف أوغيره رملى (قوله لم تصح) أى الدعوى للتناقض وهو الصحيح كما فى الخانية (قوله فلا يحلف المشترى) لأن التحليف يترتب على دعوى صحيحة أفاده فى الهندية ط (قوله أوأبرز حجة شرعية) أى كتاب وقف له أصل فى ديوان القضاة الماضين ، كما قدمناه عند قوله : وتقبل فيه الشهادة حسبة لاالدعوى الخ وفى القنية : أما الكتاب الشرعى الذى وجد فى يد الخصم هل يدفع الدعوى والفتوى على أنه يدفع ويعمل القضاة بكتاب القضاة الماضين اه وظاهر كلامهم أن هذا خاص بالوقف القديم (قوله قبلت) أى البينة ، لأن الدعوى وإن بطلت للتناقض بقيت الشهادة ، وهى مقبولة فى الوقف من غير دعوى هندية ط (قوله ويلزم أجر المثل فيه) أى يلزم المشترى لأن منافع الوقف مضمونة وإن كانت بشبهة ملك كما مر ، وقدمنا أن هذا هو الصحيح (قوله لافى الملك) يستثنى منه ملك اليتيم فإنه كالوقف ، وأما المعد للاستغلال فإنه مضمون أيضا لكنه إذا سكنه بتأويل ملك كسكنى شريك أومشتر أو بتأويل عقد رهن فإنه لايضمن بخلاف عقار الوقف أواليتيم فإنه مضمون مطلقا كما سيأتى فى الغصب (قوله وليس للمشترى حبسه بالثمن) لأن الحبس بمنزلة الرهن والوقف لايرهن ط .

مطلب من سعى فى نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه إلا فى تسع مسائل

(قوله وهى) أى مسألة المتن إحدى المسائل السبع المذكورة فى قضاء الأشباه أنها تسع : الأولى : اشترى عبدا قبضه ثم ادعى أن البائع باعه قبله من فلان الغائب بكذا وبرهن يقبل لأنه برهن على إقرار البائع أنه ملك

واعتمد فى الفتح والبحر أنه إن ادعى وقفا محكوما بلزومه قبل وإلا لا وهو تفصيل حسن اعتمده المصنف فى باب الاستحقاق ، لكن اعتمد الأول آخر الكتاب تبعا للكنز وغيره. وفى العمادية لاتقبل عند الإمام وهو المختار وصوبه الزيلعي[1] قال : وهو أحوط. وفى دعوى المنظومة المحبية وهذا فى وقف هو حق الله تعالى أما لو كان على العباد لم يجز .

قلت : قد قدمنا قبولها مطلقا لثبوت أصله لمآله للفقراء فتدبر. وفى فتاوى ابن نجيم : نعم تسمع دعواه وبينته

الغائب . الثانية : وهب جارية واستولدها الموهوب له ثم ادعى الواهب أنه كان دبرها أو استولدها وبرهن يقبل ويستردها والعقر ، لأن التناقض فيما هو من حقوق الحرية لايمنع صحة الدعوى حملا على أنه فعل وندم . الثالثة : باعه ، ثم ادعى أنه كان أعتقه. وفي الفتح التناقض لايضر فى الحرية وفروعها اه وظاهره قبول دعوى البائع التدبير والاستيلاد فالهبة مثال. الرابعة : اشترى أرضا ثم ادعى أن بائعها كان جعلها مقبرة أو مسجدا. الخامسة : اشترى عبدا ثم ادعى أن البائع كان أعتقه وبرهن يقبل عند الثاني لا عندهما . السادسة مسألة المتن . السابعة : باع الأب مال ولده ثم ادعى الغبن الفاحش إلا إذا أقر أنه باعه بثمن المثل . الثامنة : إذا باع الوصى ثم ادعى كذلك . التاسعة : المتولى على الوقف كذلك. قال فى القنية بعد ذكر هذه الثلاثة : وكذا كل من باع ثم ادعى الفساد وشرط العمادى التوفيق بأنه لم يكن عالما به وذكر فيها اختلافا اه مافى الأشباه ملخصا مع زيادة .

مطلب باع عقارا ثم ادعى أنه وقف

(قوله واعتمد فى الفتح والبحر الخ) أى فى باب الاستحقاق من كتاب البيع فإنه فى الفتح جزم به حيث قال هناك باع عقارا ثم برهن أنه وقف لايقبل ، لأن مجرد الوقف لايزيل الملك بخلاف الإعتاق ، ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل اه وجزم به المصنف هناك فى متنه وقال فى شرحه هنا : ينبغى أن يعول عليه فى الإفتاء والقضاء اه. قال ط : وهذا إنما يتأتى على قول الإمام أما على المفتى به من أنه يتم بلفظ الوقف ونحوه اه على أن الوقف يلزم عند الإمام أيضا إذا كان مضافا إلى الموت أو كان فى الحياة وبعد الموت (قوله وفى العمادية لاتقبل الخ) مخالف لما فى شرح المصنف حيث قال : ولو أقام بينة قبلت على المختار كما تقدم عن العمادية وبه صرح فى الخلاصة والبزازية . وفى خزانة الأكمل تقبل البينة وينقض البيع قال وبه نأخذ اه (قوله وصوبه الزيلعى) حيث قال وإن أقام البينة على ذلك قيل تقبل وقيل لاتقبل وهو أصوب وأحوط (قوله قلت قد قدمنا) أى عن المصنف عند قوله وتقبل فيه الشهادة بدون الدعوى (قوله مطلقا) أى سواء كان على معين ابتداء أو على الفقراء وهو المراد من قوله هو حق الله تعالى وقدمنا تمام الكلام عليه (قوله تسمع دعواه وبينته) يعنى الدعوى المقرونة بالبينة أما الدعوى المجردة عن البينة فلا تسمع حتى لايحلف المشترى كما مر ، وقد صرح فى الخانية بعدم سماعها فى الصحيح .

والحاصل : أن المعتمد سماع البينة دون الدعوى المجردة ، وهو ماذكره المصنف فى المتن هنا وقدمنا عن شرحه ترجيحه. وفى الخيرية أجاب لاتسمع دعواه ولكن إذا أقام البينة اختلفوا فيه. والأصح القبول نص عليه فى الخلاصة وكثير من الكتب ، وعللوه بأن الوقف حق الله تعالى فتسمع فيه البينة بدون الدعوى وفرق بعضهم بين المسجل فتقبل وبين غيره فلا تقبل والأصح ماقدمنا أنه الأصح وإذا ثبت أنه وقف وجبت الأجرة له فى تلك المدة اه وقال

---

(١) (قول الشارح وصوبه الزيلعى الخ) أى لأن موضوع مسألته وقف عليه وعلى ذريته اه .

ويبطل البيع (الباني) للمسجد (أولى) من القوم (بنصب الإمام والمؤذن فى المختار إلا إذا عين القوم أصلح ممن عينه) الباني (صح الوقف قبل وجود الموقوف عليه) فلو وقف على أولاد زيد ولا ولد له أو على مكان هيأه لبناء مسجد أو مدرسة صح (فى الأصح) وتصرف الغلة للفقراء إلى أن يولد لزيد أو يبنى المسجد عمادية. زاد فى النهر:

الشارح فى مسائل شتى آخر الكتاب تقبل على الأصح خلافا لما صوبه الزيلعى اه. قلت: ويظهر لى أن التحقيق هو التفصيل والتوفيق وذلك أن البائع إذا ادعى فإن كان هو الموقوف عليه تقبل بينته على إثبات أصل الوقف ولا يعطى شيئا من الغلة لعدم صحة دعواه وقدمر عند قوله وتقبل فيه الشهادة بدون الدعوى تحقيق ما ذكره المصنف فى شرحه من أن ثبوت أصل الوقف لا يحتاج للدعوى وأن المستحق لا يدفع له شيء بلا دعوى حينئذ فإذا كان البائع هو المستحق لا تسمع دعواه لتناقضه بخلاف ما إذا كان المدعى غيره من المستحقين لعدم التناقض منهم. وأما إذا كان الوقف على الفقراء أو على المسجد فتقبل البينة ويثبت الوقف بلا فرق بين كون المدعى هو البائع أو غيره والله سبحانه أعلم [تنبيه] بنى مالو اشترى دارا ثم ادعى المشترى أنها وقف تسمع دعواه على البائع لو هو المتولى (١) وإلا نصب القاضى له متوليا. أو على قول أبى جعفر وغيره: وإن لم تسمع الدعوى على غير المتولى للتناقض تقبل الشهادة بدون الدعوى وتمام ذلك فى الخيرية فى الثلث الثالث من كتاب الوقف (قوله الباني أولى) وكذا ولده وعشيرته أولى من غيرهم أشباه (قوله بنصب الإمام والمؤذن) أما فى العمارة فنقل فى أنفع الوسائل أن الباني أولى (٢) (قوله إلا إذا عين القوم أصلح ممن عينه) لأن منفعة ذلك ترجع إليهم أنفع الوسائل (قوله أو على مكان هيأه الخ) فيه نظر فإن المكان موجود فيكون وقفا على موجود والذى فى المنح عن العمادية هيأ موضعا للبناء مدرسة وقبل أن يبنى وقف على هذه المدرسة وقفا بشرائطه وجعل آخره للفقراء الخ وقيد بتهيئة المكان لأنه لو وقف على مسجد سيعمره ولم يهيء مكانه لم يصح الوقف كما أفتى به مفتى دمشق المحقق عبد الرحمن أفندى العمادى (قوله وتصرف الغلة للفقراء الخ). أقول: هذا الوقف يسمى منقطع الأول: قال فى الخانية ولو قال أرضى صدقة موقوفة على من يحدث لى من الولد وليس له ولد يصح فإذا أدركت الغلة تقسم على الفقراء وإن حدث له ولد بعد القسمة تصرف الغلة التى توجد بعد ذلك إلى هذا الولد لأن قوله صدقة موقوفة وقف على الفقراء وذكر الولد الحادث للاستثناء كأنه قال إلا إن حدث لى ولد فغلتها له ما بقى اه ومنه ما فى الإسعاف وقف على ولده وليس له إلا ولد ابن تصرف الغلة لولد الابن إلى أن يحدث للواقف ولد لصلبه فتصرف إليه اه وقد يكون منقطع الوسط ومنه ما فى الخانية وقف على ولديه ثم على أولادهما أبدا ما تناسلوا قال ابن الفضل إذا مات أحدهما عن ولد يصرف نصف الغلة إلى الباقى والنصف إلى الفقراء فإذا مات الآخر يصرف الجميع إلى أولاد أولاد الواقف لأن مراعاة شرط الواقف لازم والواقف إنما جعل أولاد الأولاد بعد انقراض البطن الأول فإذا مات أحدهما يصرف النصف إلى الفقراء اه.

مطلب فى الوقف المنقطع الأول والمنقطع الوسط

[تنبيه] علم من هذا أن منقطع الأول ومنقطع الوسط يصرف إلى الفقراء. ووقع فى الخيرية خلافه حيث قال فى تعليل جواب ما نصه للانقطاع الذى صرحوا به بأنه يصرف إلى الأقرب للواقف لأنه أقرب لغرضه على الأصح اه

---

(١) (قوله فتسمع دعواه على البائع لو هو المتولى) الظاهر أن مرجع الضمير المشترى فإن المعروف من كلامهم اشتراط التولية فى المدعى لا فى المدعى عليه حتى يصح رجوعه على البائع، لكن قول أبى جعفر وإن لم تسمع الدعوى على غير المتولى يفيد أن مرجع الضمير فى عبارتنا هو البائع. وعبارة الخيرية كذلك اه تأمل.

(٢) (قوله أى بلا تفصيل) قال شيخنا: مقتضى التعليل المذكور فى مسألة المؤذن والإمام جريانه فى مسألة العمارة أيضا بل ربما كان التفصيل فى العمارة أولى اه.

وينبغى أنه لو وقفه على مدرسة يدرس فيها المدرس مع طلبته فدرس فى غيرها لتعذر التدريس فيها أن تصرف العلوفة له لا للفقراء كما يقع فى الروم :

[فروع مهمة حدثت للفتوى] أرصد الإمام أرضا على ساقية ليصرف خراجها لـكلفتها فاستغنى عنها لخراب البلد فنقلها وكيل الإمام لساقية هى ملك هل يصح ؟ أجاب بعض الشافعية بأن الإرصاد على الملك إرصاد على المالك يعنى فيصح فحينئذ يلزم المرصد عليه إدارتها كما كانت لما فى الحاوى الحوض إذا خرب صرفت أوقافه فى حوض آخر فتدبر :

دار كبيرة فيها بيوت وقف بيتا منها على عتيقة فلان والباقى على ذريته وعقبه ثم على عتقائه فـآل الوقف إلى العتقاء هل يدخل من خصه بالبيت فى الثانى؟ اختلف الإفتاء أخذا من خلاف

وهذا سبق قلم فإن ماذكره مذهب الشافعى فقد قال نفسه فى محل آخر من الخيرية والمنقطع الوسط فيه خلاف قيل يصرف إلى المساكين وهو المشهور عندنا والمتظافر على ألسنة علمائنا ثم قال بعد أسطر فى جواب سؤال آخر وفى منقطع الوسط الأصح صرفه إلى الفقراء وأما مذهب الشافعى فالمشهور أنه يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف اهـ (قوله ينبغى الخ) وفى فتاوى الحانوتى بعد كلام فعلم أنه إذا شرط الوقف المعلوم لأحد أنه يستحقه عند قيام المانع من العمل ولم يكن بتقصيره سواء كان ناظرا أو غيره كالجابى اهـ (قوله أرصد الإمام أرضا) أى أخرجها من بيت المال وعينها لهذه الجهة والإرصاد ليس بوقف حقيقة لعدم الملك بل يشبهه كما قدمناه (قوله يعنى فيصح) عبارة النهر بعده وهذا لم أره فى كلام علمائنا إلا أنه فى الخلاصة قال المسجد إذا خرب أو الحوض إذا خرب ولم يحج إليه لتفرق الناس عنه صرفت أوقافه فى مسجد آخر أو حوض آخر اهـ وعلى هذا فيلزم المرصد عليه أن يديرها لسقى الدواب وتسبيل الماء كما كانت ، ولا يتوهم من كونه إرصادا على المالك أن لايلزم ذلك فتدبره اهـ كلام النهر وحاصله : أن المنقول عندنا أن الموقوف عليه إذا خرب يصرف وقفه إلى مجانسه فتصرف أوقاف المسجد إلى مسجد آخر وأوقاف الحوض إلى حوض آخر والإرصاد نظير الوقف ، فحيث استغنى عن الساقية الأولى وأرصد وكيل الإمام الأرض على الساقية الثانية المملوكة وكان ذلك إرصادا على مالـكها يلزم المالك أن يدير تلك الأرض أى غلتها وخراجها إلى سقى الدواب ونحوها ليكون صرفا إلى مايجانس الأول كما فى الوقف ، لأن وكيل الإمام لم يرصدها لينتفع المالك بخراجها كيفما أراد بل ليكون لسقى الماء كما كانت حين أرصدها الإمام أولا ، وظاهر هذا أنه لايلزم المالك إدارة خراج الأرض على ساقيته التى أرصد عليها وكيل الإمام بل عليها أو على ساقية أخرى إذ لايلزمه بالإرصاد المذكور أن يسبل ملـكه كما لايخفى ، وبهذا التقرير ظهر لك أن الضمير فى قوله إدارتها كما كانت عائد إلى الأرض المرصدة لا إلى الساقية كما لايخفى وإلا لزم أن يجعل ساقيته سبيلا للناس جبرا ولا يقول له أحد فافهم (قوله لما فى الحاوى الخ) حاصله : أن ماخرب تصرف أوقافه إلى مجانسه فـكذا الإرصاد ، فهو استدلال على قوله تلزم إدارتها أى الأرض المرصدة كما كانت أى بأن يصرف خراجها فى تسبيل الماء كما قررناه ، والمقصود إلحاق الإرصاد بالوقف لأنه نظيره ولا يضر كون النقل فيما ذكره من وقف إلى وقف وفى الحادثة من وقف إلى ملك فافهم :

مطلب وقف بيتا على عتيقة فلان والباقى على عتقائه هل يدخل فلان معهم؟

(قوله فى الثانى) متعلق بيدخل أى فى الوقف الثانى الموقوف على الذرية والعقب ثم على العتقاء والمراد هل يشارك عتيقة فلان بقية العتقاء فيما آل إليهم لـكونه منهم أولا يدخل لكون الواقف خصه بوقف على حدة

مذكور فى الذخيرة ، لكن فى الخانية أوصى لرجل بمال وللفقراء بمال والموصى له محتاج هل يعطى من نصيب الفقراء؟ اختلفوا والأصح نعم :

استأجر دارا موقوفة فيها أشجار مثمرة هل له الأكل منها؟ الظاهر أنه إذا لم يعلم شرط الواقف لم يأكل لما فى الحاوى: غرس فى المسجد أشجارا تثمر إن غرس للسبيل فلكل مسلم الأكل وإلا فتباع لمصالح المسجد

(قوله مذكور فى الذخيرة) عبارتها لو جعل نصف غلة أرضه لفقراء قرابته والنصف الآخر للمساكين فاحتاج فقراء قرابته هل يعطون من نصف المساكين؟ قال هلال لا. وهو قول إبراهيم بن خالد السمتى ، وقال إبراهيم بن يوسف وعلىّ بن أحمد الفارسى وأبو جعفر الهندوانى : يعطون اه نهر (قوله لكن فى الخانية الخ) استدراك على قوله اختلف الإفتاء فإن المراد به إفتاء بعض علماء الروم يعنى حيث وجد تصريح الخانية بالأصح فلا وجه للاختلاف بل يلزم متابعة الأصح بعد عبارة الخانية. وقال فى النهر: هذا ملخص رسالة كبيرة لمولانا قاضى القضاة على جلبى وضعها حين نقض حكم مولانا محمد شاه بادرنه وكل منهما رد على صاحبه وقد علمت ماهو المعتمد فاعتمده ، والله سبحانه الموفق اه.

مطلب وقف النصف على ابنه زيد والنصف على امرأته ثم على أولاده يدخل زيد فيهم

قلت : وقد رأيت فى الخانية صريح الواقعة وهو وقف ضيعة نصفها على امرأته ونصفها على ولده زيد على أنه إذا ماتت المرأة فنصيبها الأولاده ثم ماتت المرأة فالنصف لابنه زيد ونصيب المرأة لسائر الأولاد ولزيد لأنه جعل نصيبها بعده وتم الأولاده وزيد منهم أيضا اه ملخصا ولم يحك فيه خلافا . وأما مسألة الوصية المذكورة هنا فقد ذكر فى الولوالجية فيها تفصيلا فقال : إن أوصى للكل دفعة واحدة لا يأخذ ، وإن أوصى له ثم أوصى بوصايا أخر ثم أوصى فى آخره للفقراء بكذا فله الأخذ لأنه فى الأول لما قال بمرة واحدة ميز بينه وبين الفقراء فلا يصح الجمع اه. وأفتى الحانوتى فى الوقف بمثله قياسا عليه فيمن وقف ثلثى كذا على طائفة والثلث على الفقراء فراجعه ، لكن مانقلناه عن الخانية يخالفه فإن ظاهره أنه وقف الكل دفعة واحدة وهو ظاهر مانقله الشارح عنها أيضا . فالظاهر عدم التفصيل[1] فى الوقف والوصية ، والله سبحانه أعلم :

مطلب استأجر دارا فيها أشجار

(قوله لم يأكل) أى بل يبيعها المتولى ويصرفها فى مصالح الوقف بحر (قوله إن غرس للسبيل) وهو الوقف على العامة بحر (قوله وإلا) أى وإن لم يغرسها للسبيل بأن غرسها أو لم يعلم غرضه بحر عن الحاوى ، وهذا محل الاستدلال على قوله الظاهر أنه إذا لم يعلم شرط الواقف لم يأكل وهو ظاهر فافهم وأصله لصاحب البحر حيث قال : ومقتضاه أى مقتضى مافى الحاوى أنه فى البيت الموقوف إذا لم يعرف الشرط أن يأخذها المتولى ليبيعها ويصرفها فى مصالح الوقف ، ولا يجوز للمستأجر الأكل منها اه وضمير يبيعها للثمار لا للأشجار لما فى البحر عن الظهيرية شجرة وقف فى دار وقف خربت ليس للمتولى أن يبيع الشجرة ويعمر الدار ولكن يكرى الدار ويستعين بالكراء على

(١) (قوله فالظاهر عدم التفصيل) فيه أن هذا الظاهر مخالف لقاعدة حمل المطلق على المقيد عند اتحاد الحادثة وقد اتحدت فيجب حمل ما فى الخانية على ما إذا كان عقد واحد، وقد رأيت فى الهندية عن المحيط مايفيد ذلك حيث قال بعد نقل عبارة الذخيرة المارة يجب أن يكون جواب هلال فيما إذا كان عقد واحد اه .

عمارة الدار لا بالشجرة اه فهذا مع خراب الدار ، فكيف يجوز بيعها مع عمارها ثم الظاهر أنه فى مسئلتنا يدفع الشجرة على وجه المساقاة للمستأجر ، قال فى الاسعاف : ولو كان فى أرض الوقف شجر فدفعه معاملة بالنصف مثلا جاز اه ثم ظاهر كلام البحر أن هذه الأشجار فى الدار لا تمنع صحة استئجارها لأنها لا تعد شاغلة لأنها لا تخل بالمقصود ، وهو السكنى بخلاف الأشجار فى الأرض لأن ظلها يمنع الانتفاع بالزراعة ، ولهذا شرطوا أن يتقدم عقد المساقاة على الأشجار وستأتى مسألة غرس المستأجر والمتولى :

مطلب فى قولهم شرط الواقف كنص الشارع

(قوله قولهم شرط الواقف كنص الشارع) فى الخيرية قد صرحوا بأن الاعتبار فى الشروط لما هو الواقع لا لما كتب فى مكتوب الوقف ، فلو أقيمت بينة لما لم يوجد فى كتاب الوقف عمل بها بلا ريب ، لأن المكتوب خط مجرد ولا عبرة به لخروجه عن الحجج الشرعية اه ط :

مطلب بيان مفهوم المخالفة

(قوله أى فى المفهوم والدلالة الخ) كذا عبر فى الأشباه والذى فى البحر عن العلامة قاسم فى الفهم والدلالة وهو المناسب ، لأن المفهوم عندنا غير معتبر فى النصوص والمراد به مفهوم المخالفة المسمى دليل الخطاب ، وهو أقسام مفهوم الصفة ، والشرط والغاية والعدد واللقب أى الإسم الجامد كثوب مثلا ، والمراد بعدم اعتباره فى النصوص أن مثل قولك : أعط الرجل العالم أو أعط زيدا إن سألك أو أعطه إلى أن يرضى أو أعطه عشرة أو أعطه ثوبا لا يدل على نفى الحكم عن المخالف للمنطوق بمعنى أنه لا يكون منهيا عن إعطاء الرجل الجاهل ، بل هو مسكوت عنه وباق على العدم الأصلى ، حتى يأتى دليل يدل على الأمر بإعطائه أو النهى عنه وكذا فى البواقى وتمام الكلام على ذلك فى كتب الأصول :

مطلب مفهوم التصنيف حجة

نعم المفهوم معتبر عندنا فى الروايات فى الكتب ، ومنه قوله فى أنفع الوسائل مفهوم التصنيف حجة اه أى لأن الفقهاء يقصدون بذكر الحكم فى المنطوق نفيه عن المفهوم غالبا كقولهم : تجب الجمعة على كل ذكر حر بالغ عاقل مقيم ، فانهم يريدون بهذه الصفات نفى الوجوب عن مخالفها ، ويستدل به الفقيه على نفى الوجوب على المرأة والعبد والصبى الخ وقد يقال إن مراده بقوله فى المفهوم إنه لا يعتبر مفهومه كما لا يعتبر فى نصوص الشارع :

مطلب لا يعتبر المفهوم فى الوقف

وفى البيرى نحن لا نقول بالمفهوم فى الوقف كما هو مقرر ونص عليه الإمام الخصاف وأفتى به العلامة قاسم اه وبه صرح فى الخيرية أيضا أى فإذا قال : وقفت على أولادى الذكور يصرف إلى الذكور منهم بحكم المنطوق ، وأما الاناث فلا يعطى لهن لعدم ما يدل على الاعطاء إلا إذا دل فى كلامه دليل على إعطائهن فيكون مثبتا لإعطائهن

ووجوب العمل به فيجب عليه خدمة وظيفته أو تركها لمن يعمل ، وإلا أثم لاسيما فيما يلزم بتركها تعطيل الكل من النهر .

وفى الأشباه الجامكية فى الأوقاف لها شبه الأجرة

ابتداء لايحكم المعارضة لكن نقل البيرى فى محل آخر عن المصنى ، وخزانة الروايات والسراجية أن تخصيص الشيء بالذكر يدل على نفى ماعداه فى متفاهم الناس وفى المعقولات وفى الروايات .

مطلب المفهوم معتبر فى عرف الناس والمعاملات والعقليات

قلت : وكذا قال ابن أمير حاج في شرح التحرير عن حاشية الهداية للخبازى ، عن شمس الأئمة الكردرى: أن تخصيص الشيء بالذكر ، لايدل على نفى الحكم عما عداه فى خطابات الشارع . أما فى متفاهم الناس وعرفهم وفى المعاملات والعقليات يدل اه قال فى شرح التحرير وتداوله المتأخرون وعليه مافى خزانة الأكمل والخانية لوقال مالك على أكثر من مائة درهم ، كان إقرارا بالمائة اه فعلم أن المتأخرين على اعتبار المفهوم فى غير النصوص الشرعية وتمام تحقيق ذلك فى شرحنا على منظومتنا فى رسم المفتى ، وحيث كان المفهوم معتبرا فى متفاهم الناس وعرفهم وجب اعتباره فى كلام الواقف أيضا لأنه يتكلم على عرفه وعن هذا قال العلامة قاسم ، ونص أبو عبد الله الدمشقى فى كتاب الوقف عن شيخه شيخ الإسلام قول الفقهاء نصوصه كنص الشارع يعنى فى الفهم والدلالة لا فى وجوب العمل مع أن التحقيق أن لفظه ولفظ الموصى ، والحالف ، والناذر وكل عاقد يحمل على عادته فى خطابه ولغته التى يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشرع أم لا اه .

قال العلامة قاسم قلت : وإذا كان المعنى ماذكر فما كان من عبارة الواقف من قبيل المفسر لايحتمل تخصيصا ولا تأويلا يعمل به ، وما كان من قبيل الظاهر كذلك وما احتمل وفيه قرينة حمل عليها وما كان مشتركا لايعمل به ، لأنه لاعموم له عندنا ولم يقع فيه نظر المجتهد ليترجح أحد مدلوليه ، وكذلك ماكان من قبيل المجمل إذا مات الواقف ، وإن كان حيا يرجع إلى بيانه هذا معنى ما أفاده اه (قوله ووجوب العمل به) هذا مخالف لما نقلناه آنفا ، مع أنه فى البحر نقله أيضا وقال عقبه فعلى هذا إذا ترك صاحب الوظيفة مباشرتها فى بعض الأوقات المشروط عليه فيها العمل لا يأثم عند الله تعالى غايته أنه لايستحق المعلوم اه نعم فى الأشباه جزم بما ذكره الشارح ، وقواه فى النهر ، وعزاه فى قضاء البحر إلى شرح المجمع .

قلت : ويظهر لى عدم التنافى وذلك إن عدم وجوب العمل به من حيث ذاته بدليل أنه لو ترك الوظيفة أصلا وباشرها غيره لم يأثم ، وهذا لا شبهة فيه ووجوب العمل به باعتبار حل تناول المعلوم بمعنى أنه لو لم يعمل به وتناول المعلوم أثم لتناوله بغير حق (قوله الكل من النهر) مبتدأ وخبر أى كل هذه الفروع مأخوذ من النهر .

مطلب الجامكية فى الأوقاف

(قوله الجامكية) هى مايرتب فى الأوقاف لأصحاب الوظائف كما يفيده كلام البحر عن ابن الصائغ وفى الفتح الجامكية كالعطاء ، وهو مايثبت فى الديوان باسم المقاتلة أو غيرهم إلا أن العطاء سنوى والجامكية شهرية .

أى فى زمن المباشرة والحل للأغنياء، وشبه الصلة فلو مات أو عزل لاتسترد المعجلة ، وشبه الصدقة لتصحيح أصل الوقف ، فإنه لايصح على الأغنياء ابتداء وتمامه فيها :

يكره إعطاء نصاب لفقير من وقف الفقراء إلا إذا وقف على فقراء قرابته اختيار ومنه يعلم حكم المرتب الكثير من وقف الفقراء لبعض العلماء الفقراء فليحفظ :

ليس للقاضى أن يقرر وظيفة فى الوقف بغير شرط الواقف ، ولا يحل للمقرر الأخذ إلا النظر على الواقف

مطلب فيما لو مات المدرس أو عزل قبل مجىء الغلة

(قوله أى فى زمن المباشرة الخ) يعنى أن اعتبار شبهها بالأجرة من حيث حل تناولها للأغنياء إذلو كانت صدقة محضة لم تحل لمن كان غنيا، ومن حيث إن المدرس لو مات أو عزل فى أثناء السنة قبل مجىء الغلة وظهورها من الأرض ، يعطى بقدر ماباشر ، ويصير ميراثا عنه كالأجير إذا مات فى أثناء المدة ، ولو كانت صلة محضة لم يعط شيئا لأن الصلة لا تملك قبل القبض بل تسقط بالموت قبله ، بخلاف القاضى إذا مات فى أثناء المدة ، فإنه يسقط رزقه ، لأنه ليس فيه شبه الأجرة لعدم جواز أخذ الأجرة على القضاء ، أما على التدريس ، وهو التعليم فأجازه المتأخرون وبخلاف الوقف على الأولاد والذرية ، فإن من مات منهم قبل ظهور الغلة سقط أيضا لأنه صلة محضة كما حرره الطرسوسى، وتقدم تمامه عند قول المصنف مات المؤذن والإمام ولم يستوفيا وظيفتهما الخ (قوله لاتسترد المعجلة) أى لو قبض جامكية السنة بتمامها ، ومات فى أثناء السنة لايسترد حصة مابقى ، لأن الصلة تملك بالقبض ويحل له لو فقيرا كماقدمه الشارح، ولو كانت أجرة محضة استرد منه مابقى (قوله فإنه لايصح على الأغنياء ابتداء) لأنه لابد أن يكون صدقة من ابتدائه ، لأن قوله صدقة موقوفة أبدا ونحوه شرط لصحته كما مر تحريره، وأشرنا إليه أول الباب، وبينا أن اشتراط صرف الغلة لمعين يكون بمنزلة الاستثناء من صرفه إلى الفقراء فيكون ذلك المعين قائما مقامهم، فصار فى معنى الصدقة عليه لقيامه مقامهم هذا غاية ماوصل إليه فهمى فى هذا المحل فليتأمل (قوله وتمامه فيها) قدمنا حاصله (قوله يكره إعطاء نصاب لفقير الخ) لأنه صدقة فأشبه الزكاة أشباه (قوله إلا إذا وقف على فقراء قرابته) أى فلا يكره لأنه كالوصية أشباه ، ولأنه وقف على معينين لاحق لغيرهم فيه فيأخذونه قل أو كثر (قوله لبعض العلماء الفقراء) متعلق بالمرتب فإن كان ذلك المرتب بشرط الواقف ، فلا شبهة فى جواز مارتبه ، وإن كثر وإن كان من جهة غيره كالمتولى، فلا يجوز النصاب هذا ماظهر لى وفى حاشية الحموى المرتب إعطاء شئ لا فى مقابلة خدمة بل لصلاح المعطى أو علمه أو فقره ويسمى فى عرف الروم الزوائد اه :

مطلب ليس للقاضى أن يقرر وظيفة فى الوقف إلا النظر

(قوله ليس للقاضى أن يقرر وظيفة فى الوقف الخ) يعنى وظيفة حادثة لم يشرطها الواقف أما لو قرر فى وظيفة مشروطة جاز إلا إذ شرط الواقف التقرير للمتولى كما قدمناه عن الخيرية وقال الخير الرملى فى حاشية البحر ، وهذا أى عدم التقرير بغير شرط إذا لم يقل وقفت على مصالحه، فلو قال يفعل القاضى كل ماهو من مصالحه اه : وهذا أيضا فى غير أوقاف الملوك والأمراء أماهى فهى أوقاف صورية لاتراعى شروطها كما أفتى به المولى أبوالسعود ويأتى قريبا فى الشرح عن المبسوط (قوله إلا النظر على الوقف) اعلم أن عدم جواز الأحداث مقيد بعدم الضرورة كما فى فتاوى الشيخ قاسم ، أما ما ادعت إليه الضرورة واقتضت المصلحة كخدمة الربعة الشريفة وقراءة العشر والجباية

بأجر مثله قنية :

تجوز الزيادة من القاضى على معلوم الإمام إذا كان لايكفيه وكان عالما تقيا ، ثم قال بعد ورقتين والخطيب يلحق بالإمام بل هو إمام الجمعة. قلت : واعتمده فى المنظومة المحبية

وشهادة الديوان فيرفع إلى القاضى ، ويثبت عنده الحاجة فيقرر من يصلح لذلك ،ويقدر له أجر مثله أو يأذن للناظر فى ذلك قال الشيخ قاسم والنص فى مثل هذا فى الولوالجية أبو السعود على الأشباه وعليه فالاقتصار على النظر فيه نظر كما أفاده ط :

قلت : لكن فى الذخيرة وغيرها ليس للقاضى أن يقرر فراشا فى المسجد بلا شرط الواقف ، قال فى البحر : إن فى تقريره مصلحة لكن يمكن أن يستأجر المتولى فراشا ، والممنوع تقريره فى وظيفة تكون حقا له ولذا صرح فى الخانية بأن للمتولى أن يستأجر خادما للمسجد بأجرة المثل واستفيد منه عدم صحة تقرير القاضى ، بلا شرط فى شهادة ومباشرة وطلب بالأولى اه :

مطلب المراد من العشر للمتولى أجر المثل

(قوله بأجر مثله) وعبر بعضهم بالعشر والصواب أن المراد من العشر أجر المثل حتى لو زاد على أجر مثله رد الزائد كما هو مقرر معلوم ، ويؤيده أن صاحب الولوالجية بعد أن قال : جعل القاضى للقيم عشر غلة الوقف فهو أجر مثله ، ثم رأيت فى إجابة السائل ، ومعنى قول القاضى للقيم عشر غلة الوقف أى التى هى أجر مثله لاماتوهمه أرباب الأغراض الفاسدة الخ بيرى على الأشباه من القضاء :

قلت : وهذا فيمن لم يشرط له الواقف شيئا وأما الناظر بشرط الواقف فله ما عينه له الواقف ؛ ولو أكثر من أجر المثل كما فى البحر ولو عين له أقل فللقاضى أن يكمل له أجر المثل بطلبه كما بحثه فى أنفع الوسائل ، ويأتى قريبا مايؤيده وهذا مقيد لقوله الآتى ليس للمتولى أخذ زيادة على ماقرر له الواقف أصلا :

مطلب فى زيادة القاضى فى معلوم الإمام

(قوله تجوز الزيادة من القاضى الخ) أى إذا اتحد الواقف والجهة كما مر فى المتن ، وفى البحر عن القنية قبيل فصل أحكام المسجد ، يجوز صرف شىء من وجوه مصالح المسجد للإمام إذا كان يتعطل لو لم يصرف إليه يجوز صرف الفاضل ، عن المصالح للإمام الفقير بإذن القاضى ولو زاد القاضى فى مرسومه من مصالح المسجد ، والإمام مستغن وغيره يؤم بالمرسوم المعهود تطيب له الزيادة لو عالما تقيا ، ولو نصب إمام آخر له أخذ الزيادة إن كانت لقلة وجود الإمام لا لو كانت لمعنى فى الأول كفضيلة أو زيادة حاجة اه . فعلم أنه تجوز الزيادة إذا كان يتعطل المسجد بدونها أو كان فقيرا أو عالما تقيا ، فالمناسب العطف بأو فى قوله : وكان عالما تقيا ، وأما مافى قضاء البحر لو قضى بالزيادة لاينفذ ، فهو محمول على ما إذا فقدت منه الشروط المذكورة كما أجاب به بعضهم ومقتضى التقييد بالقاضى أن المتولى ليس له أن يزيد للإمام (قوله ثم قال) أى فى الأشباه (قوله يلحق بالإمام) الظاهر أنه يلحق به كل من فى قطعه ضرر إذا كان المعين لا يكفيه كالناظر ، والمؤذن ومدرس المدرسة ، والبواب ونحوهم إذا لم يعملوا بدون الزيادة يؤيده مافى البزازية إذا كان الإمام والمؤذن لا يستقر لقلة المرسوم للحاكم الدين أن يصرف إليه من فاضل وقف المصالح والعمارة باستصواب أهل الصلاح من أهل المحلة لو اتحد الواقف ، لأن غرضه

ونقل عن المبسوط أن السلطان يجوز له مخالفة الشرط إذا كان غالب جهات الوقف قرى ومزارع فيعمل بأمره وإن غاير شرط الواقف لأن أصلها لبيت المال

إحياء وقفه لا لو اختلف ، أو اختلفت الجهة بأن بنى مدرسة ومسجدا وعين لكل وقفا وفضل من غلة أحدهما لايبدل شرطه :

مطلب للسلطان مخالفة الشرط إذا كان الوقف من بيت المال

(قوله ونقل) أى صاحب المجتبية عن المبسوط أى مبسوط خواهر زاده ، والذى فى الأشباه بعد مانقل عن ينبوع السيوطى مايفيد أن الوظائف المتعلقة بأوقاف الأمراء والسلاطين، إن كان لها أصل من بيت المال ،أو ترجع إليه يجوز لمن كان بصفة الاستحقاق من عالم بعلم شرعى ، وطالب علم كذلك أن يأكل مماوقفوه غير مقيد بما شرطوه مانصه ، وقد اغتر بذلك كثير من الفقهاء فى زماننا فاستباحوا تناول معاليم الوظائف بغير مباشرة ، ومخالفة الشروط والحال أن مانقله السيوطى عن فقهائهم إنما هو فيما بقى لبيت المال ، ولم يثبت له ناقل أما الأراضى التى باعها السلطان وحكم بصحة بيعها ثم وقفها المشترى ، فإنه لابد من مراعاة شرائطه ، ولا فرق بين أوقاف الأمراء والسلاطين ، فإن للسلطان الشراء من وكيل بيت المال وهى جواب الواقعة التى أجاب عنها المحقق ابن الهمام فى فتح القدير ، فإنه سئل عن الأشرف برسباى أنه اشترى من وكيل بيت المال أرضا وقفها فأجاب بما ذكرناه ، وأما إذا وقف السلطان من بيت المال أرضا للمصلحة العامة فذكر فى الخانية جوازه ولا يراعى ماشرطه دائما اه فحينئذ ينبغى التفصيل فيما نقله فى المجتبية فإن كان السلطان اشترى الأراضى والمزارع ، من وكيل بيت المال يجب مراعاة شرائطه ، وإن وقفها من بيت المال لا تجب مراعاتها اه ط :

قلت : ويفهم من قول الأشباه إنما هو فيما بقى من بيت المال ولم يثبت له ناقل الخ أنه إنما يراعى شروطه إذا ثبت الناقل ، وهو كون الواقف ملكها بشراء أو إقطاع رقبة بأن كانت مواتا لاملك لأحد فيها فأقطعها السلطان لمن له حق فى بيت المال أما بدون ثبوت الناقل فلا ، لأنها بعد ماعلم أنها من بيت المال فالأصل بقاؤها على ماكانت فيكون وقفها أرصادا وهو ما يفرزه الإمام من بيت المال ويعينه لمستحقيه من العلماء ونحوهم عونا لهم على وصولهم إلى بعض حقهم من بيت المال فتجوز مخالفة شرطه لأن المقصود وصول المستحق إلى حقه وعن هذا قال المولى أبو السعود مفتى دار السلطنة إن أوقاف الملوك والأمراء لايراعى شرطها لأنها من بيت المال أو ترجع إليه (١) اه :

قلت : والمراد من عدم مراعاة شرطها أن للإمام أونائبه أن يزيد فيها وينقص ونحو ذلك وليس المراد أنه يصرفها عن الجهة المعينة بأن يقطع وظائف العلماء ، ويصرفها إلى غيرهم فإن بعض الملوك أراد ذلك ومنعهم علماء عصرهم ، وقد أوضحنا ذلك كله فى باب العشر والخراج وقدمنا شيئا منه قبيل الفصل عند قوله وأماوقف الاقطاعات ولايقاس على ذلك أوقاف غير الملوك والأمراء بل تجب مراعاة شروطهم لأن أوقافهم كانت أملاكا لهم :

---

(١) (قوله أو ترجع إليه) صورته اشترى الإمام مملوكا لبيت المال ودفع ثمنه منه ثم أعتقه ثم اشترى هذا العتيق أشياء ووقفها فهذا الوقف لا تراعى شروطه لرجوعه لبيت المال لعدم صحة إعتاق الإمام فإن تصرفه فى بيت المال مشروط بالمصلحة اه .

يصح تعليق التقرير فى الوظائف فلو قال القاضى إن مات فلان أو شغرت وظيفة كذا فقد قررتك فيهاصح :
ليس للقاضى عزل الناظر بمجرد شكاية المستحقين

مطلب يصح تعليق التقرير فى الوظائف

(قوله يصح تعليق التقرير فى الوظائف) هـذا ذكره فى أنفع الوسائل تفقها أخذا من جواز تعليق القضاء والإمارة بجامع الولاية فلو مات المعلق بطل التقرير ، وهو تفقه حسن أشباه :

قلت : ودليله من السنة مافى صحيح البخارى من « أنه صلى الله عليه وسلم أمر فى غزوة موتة(١) زيد بن حارثة وقال صلى الله عليه وسلم إن قتل زيد فجعفر بن أبى طالب فإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة » الحديث ، ثم رأيت الإمام السرخسى فى شرح السير الكبير ذكر الحديث دليلا على ذلك وقال فيه أيضا ماحاصله : لو جاء مع المدد أمير وعزل الأمير الأول بطل تنفيله فيما يستقبل لزوال ولايته بالعزل ، لالو مات أميرهم فأمروا عليهم غيره ، لأن الثانى قائم مقامه إلا إذا أبطله الثانى أوكان الخليفة قال لهم إن مات أميركم فأميركم فلان فإنه يبطل تنفيل الأول لأن الثانى نائب الخليفة بتقليده من جهته فكأنه قلده ابتداء فينقطع رأى الأول برأى فوقه اه ماخصا .

وحاصله : بطلان تنفيل الأمير بعزله وكذا بموته إذا نصب غيره من جهة الخليفة لامن جهة العسكر إلا إذا أبطله الثانى ، ولايخفى أن التنفيل بقوله من قتل قتيلا فله سلبه فيه تعليق استحقاق النفل بالقتل ، ففيه دليل على قوله ، فلو مات المعلق بطل التقرير ويدل أيضا على بطلانه بالعزل بقى هل له الرجوع قبل الموت أوالشغور ، فالذى حرره فى أنفع الوسائل أنه لايصح عزله لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط والتعليق ليس بسبب للحال عندنا ، وفرق بين هـذه المسألة وبين مالووكله وكالة مرسلة ثم قال له : كلما عزلتك فأنت وكيل فى ذلك وكالة مستقبلة ، ثم قال : عزلتك فى تلك الوكالة كلها فروى عن محمد أنه ينعزل عن المعلقة ، وعن أبى يوسف لاينعزل ووجه الفرق أن التعليق عند محمد حصل فى ضمن الوكالة المنجزة ، فصار المجموع سببا ، وقد يثبت ضمنا مالا يثبت قصدا فلا يمكن أن يقول هنا بصحة العزل لأنه قصدى فيبقى جواب محمد وجواب أبى يوسف هنا واحدا فى أنه لايصح العزل هذا خلاصة ماأطال به :

قلت : لكن علمت أن للأمير الثانى إبطال التنفيل ، والظاهر أن الأول كذلك فكذا يقال هنا لو رجع عن التعليق يصح لأنه قبل موت فلان ليس عزلا بلا جنحة لأنه لايتقرر فى الوظيفة إلا بعد موت فلان ، وقبله لم يثبت له استحقاق فيها إذ لو ثبت لم يبطل التقرير بموت المعلق فافهم (قوله أوشغرت) بفتح الشين والغين المعجمتين أى خلت عن العمل والبلد الشاغر الخانية عن النصر والسلطان ط :

مطلب ليس للقاضى عزل الناظر

(قوله ليس للقاضى عزل الناظر) قيد بالقاضى لأن الواقف له عزله ولو بلا جنحة به يفتى كما قدمناه عند قوله وينزع لو غير مأمون ، وقدمنا هناك عن الأشباه أنه لايجوز للقاضى عزل الناظر المشروط له النظر بلا خيانة ولو عزله لايصير الثانى متوليا ، ويصح عزله لو منصوب القاضى وأنه فى جامع الفصولين قال : لايملك القاضى عزله مطلقا إلا لموجب وتقدم تمامه وأنه فى البحر أخذ منه عدم العزل لصاحب وظيفة إلا بجنحة أوعدم أهلية وقدمنا هناك أيضا بعض موجبات العزل ، وأحكام الفراغ والتقرير فى الوظائف :

---

(١) (قوله موتة) بضم الميم وتسهيل الواو وفتح المثناة الفوقية اسم لأرض بجهة الشام اه .

حتى يثبتوا عليه خيانة وكذا الوصى والناظر إذا آجر إنسانا فهرب ومال الوقف عليه لم يضمن ولو فرط فى خشب الوقف حتى ضاع ضمن :

لاتجوز الاستدانة على الوقف إلا إذا احتيج إليها لمصلحة الوقف كتعمير وشراء بذر فيجوز بشرطين الأول : إذن القاضى فلو ببعد منه يستدين بنفسه الثانى : أن لاتتيسر إجارة العين والصرف من أجرتها والاستدانة القرض والشراء نسيئة

مطلب للقاضى أن يدخل مع الناظر غيره بمجرد الشكاية

(قوله حتى يثبتوا عليه خيانة) نعم له أن يدخل معه غيره بمجرد الشكاية والطعن كما حرره فى أنفع الوسائل أخذا من قول الخصاف إن طعن عليه فى الأمانة لاينبغى إخراجه إلا بخيانة ظاهرة ، وأما إذا أدخل معه رجلا فأجره باق وإن رأى الحاكم أن يجعل ذلك الرجل منه شيئا فلا بأس وإن كان المال قليلا ، فلا بأس أن يجعل للرجل رزقا من غلة الوقف ويقتصد فيه اه ملخصا . وسيأتى حكم تصرفه عند قوله ولو ضم القاضى للقيم ثقة الخ (قوله وكذا الوصى) أى وصى الميت ليس للقاضى عزله بمجرد الشكاية ، بخلاف الوصى من جهة القاضى كما سيأتى فى بابه آخر الكتاب (قوله إذا آجر إنسانا) أى وامتنع عن مطالبته بزازية (قوله ولو فرط فى خشب الوقف الخ) وعلى هذا إذا تصر المتولى فى عين ضمنها إلا فيما كان فى الذمة كما فى البحر ، فلو ترك بساط المسجد بلا نفض حتى أكلته الأرضة ضمن إن كان له أجرة ، وكذا خازن الكتب الموقوفة كما فى الصيرفية ط عن الحموى والبيرى :

مطلب فى الاستدانة على الوقف

(قوله لاتجوز الاستدانة على الوقف) أى إن لم تكن بأمر الواقف ، وهذا بخلاف الوصى فإن له أن يشترى لليتيم شيئا بنسيئة بلا ضرورة ، لأن الدين لايثبت ابتداء إلا فى الذمة واليتيم له ذمة صحيحة ، وهو معلوم فتتصور مطالبته أما الوقف فلا ذمة له والفقراء ، وإن كانت لهم ذمة لكن لكثرتهم لاتتصور مطالبتهم ، فلا يثبت إلا على القيم ، وماوجب عليه لايملك قضاء من غلة للفقراء ذكره هلال ،وهذا هو القياس لكنه ترك عند الضرورة كما ذكره أبو الليث(١) وهو المختار أنه إذا لم يكن من الاستدانة بد تجوز بأمر القاضى إن لم يكن بعيدا عنه ، لأن ولايته أعم فى مصالح المسلمين وقيل تجوز مطلقا للعمارة ، والمعتمد فى المذهب الأول . أما ماله منه بد كالصرف على المستحقين فلا كما فى القنية إلا الإمام والخطيب ، والمؤذن فيما يظهر لقوله فى جامع الفصولين لضرورة مصالح المسجد اه وإلا للحصر والزيت بناء على القول بأنهما من المصالح وهو الراجح هذا خلاصة ماأطال به فى البحر (قوله الأول أذن القاضى) فلو ادعى الإذن ، فالظاهر أنه لايقبل إلا ببينة وإن كان المتولى مقبول القول ، لما أنه يريد الرجوع فى الغلة وهو إنما يقبل قوله فيما فى يده ، وعلى هذا فإذا كان الواقع أنه لم يستأذن يحرم عليه الأخذ من الغلة لأنه بلا إذن متبرع بحر (قوله الثانى أن لاتتيسر إجارة العين الخ) أطلق الإجارة ، فشمل الطويلة منها ، ولو بعقود فلو وجد ذلك لايستدين أفاده البيرى ، وما سلف من أن المفتى به بطلان الإجارة الطويلة فذاك عند عدم الضرورة ، كما حررناه سابقا فافهم (قوله والاستدانة القرض والشراء نسيئة) صوابه الاستقراض اهح

---

(١) (قوله كما ذكره أبو الليث الخ) الذى ذكره أبو الليث هو أنه إذا لم يكن من الاستدانة بد تجوز بأمر القاضى فعلى فحق التركيب هكذا والمختار كما ذكره أبو الليث أنه إذا الخ وعبارة البحر قال الصدر الشهيد والمختار ما ذكره أبو الليث إذا لم يكن الخ اه .

وهل للمتولى شراء متاع فوق قيمته ثم بيعه للعمارة ويكون الربح على الوقف ؟ الجواب : نعم ؛

وتفسير الاستدانة كما فى الخانية أن لا يكون للواقف غلة فيحتاج إلى القرض والاستدانة ، أما إذا كان للوقف غلة فأنفق من مال نفسه لإصلاح الوقف كان له أن يرجع بذلك فى غلة الوقف اه ومفاده أن المراد بالقرض الافراض من ماله لاالاستقراض من مال غيره لدخوله فى الاستدانة .

مطلب فى إنفاق الناظر من ماله على العمارة

وفى فتاوى الحانوتى الذى وقفت عليه فى كلام أصحابنا أن الناظر إذا أنفق من مال نفسه على عمارة الوقف ، ليرجع فى غلته له الرجوع ديانة ، لكن لو ادعى ذلك لايقبل منه ، بل لابد أن يشهد أنه أنفق ليرجع كما فى الرابع والثلاثين من جامع الفصولين ، وهذا يقتضى أن ذلك ليس من الاستدانة على الوقف وإلا لما جاز إلا بإذن القاضى ولم يكف الاشهاد اه .

قلت : لكن ينبغى تقييد ذلك بما إذا كان للوقف غلة وإلا فلابد من إذن القاضى كما أفاده ماذكرناه عن الخانية ، ومثله قوله فى الخانية أيضا لايملك الاستدانة إلا بأمر القاضى ، وتفسير الاستدانة أن يشترى للوقف شيئا وليس فى يده شىء من الغلة أما لو كان فى يده شىء ، فاشترى للوقف من مال نفسه ينبغى أن يرجع ، ولو بلا أمر قاض اه وماذكرناه فى إنفاقه بنفسه يأتى مثله فى إذنه للمستأجر أو غيره بالانفاق فليس من الاستدانة .

مطلب فى إذن الناظر للمستأجر بالعمارة

وفى الخيرية سئل فى علية جارية فى وقف تهدمت فأذن الناظر لرجل بأن يعمرها من ماله فما الحكم فيما صرفه من ماله بإذنه أجاب : اعلم أن عمارة الوقف بإذن متوليه : ليرجع بما أنفق يوجب الرجوع بانفاق أصحابنا وإذا لم يشترط الرجوع ذكر فى جامع الفصولين فى عمارة الناظر بنفسه قولين ، وعمارة مأذونه كعمارته فيقع فيها الخلاف وقد جزم فى القنية والحاوى بالرجوع وإن لم يشترطه إذا كان يرجع معظم العمارة إلى الوقف اه .

قلت : وفى الفصل الثانى من إجارات التتارخانية عن الحاوى سئل عمن آجر منزلا لرجل وقفه والده عليه وعلى أولاده وأنفق المستأجر فى عمارته بأمر المؤجر قال : إن كان للمؤجر ولاية على الوقف يرجع بما أنفق على الوقف وإلا كان المستأجر متطوعا ولايرجع على المؤجر اه وظاهره مع مامر عن الخيرية أنه يرجع ، وإن لم يكن فى يد القيم مال من غلة الوقف ، وهو خلاف ماقدمناه عن الخانية فيما لو أنفق من مال نفسه ، فلعل ماهنا مبنى على رواية أنه لايشترط فى الاستدانة إذن القاضى ، وإلا فهو مشكل فليتأمل . وإذا قلنا ببنائه على ذلك فعلى هذا مايفعل فى زماننا فى إثبات المرصد من تحكيم قاض حنبلى يرى صحة إذن الناظر للمستأجر بالعمارة الضرورية بلا أمر قاض غير لازم (قوله فوق قيمته) أى شراء بثمن مؤجل فوق مايباع بثمن حال لأن قيمة المؤجل فوق قيمة الحال (قوله ويكون الربح) أى ماربحه بائع المتاع بسبب التأجيل .

مطلب لو اشترى القيم العشرة بثلاثة عشر فالربح عليه

(قوله الجواب نعم) كذاحرره ابن وهبان أشباه لكن فى القنية لو لم يكن فيه غلة للعمارة فى الحال ، فاستقرض العشرة بثلاثة عشر فى السنة واشترى من المقرض شيئا يسيرا ثلاثة دنانير يرجع فى غلة العشرة وعليه الزيادة اه

أقر بأرض فى يد غيره أنها وقف وكذبه ثم ملكها صارت وقفا :
يعمل بالمصادقة على الاستحقاق وإن خالفت كتاب الوقف لكن فى حق المقر خاصة

قال فى البحر وبه اندفع ماذكره ابن وهبان من أنه لاجواب للمشايخ فيها اه ومثله فى شرح المقدسى ، وكذا نقل البيرى عن التتارخانية مثل مافى القنية وقال وهذا الذى نفتى به ، ومنشأ ماحرره ابن وهبان عدم الوقوف على تحرير الحكم ممن تقدمه والعجب من المصنف أى صاحب الأشباه كيف اختاره ورضى به(١) اه (قوله وكذبه) أى الغير (قوله ثم ملكها) أى المقر ولو بسبب جبرى أشباه (قوله صارت وقفا) مؤاخذة له بزعمه أشباه :

مطلب فى المصادقة على الاستحقاق

(قوله يعمل بالمصادقة على الاستحقاق الخ) أقول : اغتر كثير بهذا الإطلاق ، وأفتوا بسقوط الحق بمجرد الإقرار ، والحق الصواب أن السقوط مقيد بقيود يعرفها الفقيه قال العلامة الكبير الخصاف أقر فقال غلة هذه الصدقة لفلان دونى ودون الناس جميعا بأمر حق واجب ثابت لازم عرفته ، ولزمنى الإقرار له بذلك قال أصدقه على نفسه ، وألزم ماأقر به مادام حيا ، فإذا مات رددت الغلة إلى من جعلها الواقف له ، لأنه لما قال ذلك جعلته كأن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له ، وعلله أيضا بقوله لجواز أن الواقف قال إن له أن يزيد وينقص ، وأن يخرج وأن يدخل مكانه من رأى فيصدق زيد على حقه اه :

أقول : يؤخذ من هذا أنه لو علم القاضى أن المقر إنما أقر بذلك لأخذ شىء من المال من المقر له عوضا عن ذلك لكى يستبد بالوقف أن ذلك الإقرار غير مقبول ، لأنه إقرار خال عما يوجب تصحيحه مما قاله الإمام الخصاف وهو الإقرار الواقع فى زماننا فتأمله ، ولا قوة إلا بالله بيرى : أى لو علم أنه جعله لغيره ابتداء لايصح كما أفاده الشارح بعد (قوله وإن خالفت كتاب الوقف) حملا على أن الواقف رجع عما شرطه ، وشرط ماأقر به المقر ذكره الخصاف فى باب مستقل أشباه :

أقول : لم أر شيئا منه فى ذلك الباب وإنما الذى فيه مانقله البيرى آنفا ، وليس فيه التعليل بأنه رجع عما شرطه ولذا قال الحموى إنه مشكل ، لأن الوقف إذا لزم لزم مافى ضمنه من الشروط إلا أن يخرج على قول الإمام بعدم لزومه قبل الحكم ويحمل كلامه على وقف لم يسجل اه ملخصا :

قلت : ويؤيده مامر عن الدرر قبيل قول المصنف اتحد الواقف والجهة ، وهذا التأويل يحتاج إليه بعد ثبوت النقل عن الخصاف والله تعالى أعلم (قوله لكن فى حق المقر خاصة) فإذا كان الوقف على زيد وأولاده ونسله ، ثم على الفقراء فأقر زيد بأن الوقف عليهم وعلى هذا الرجل لايصدق على ولده ونسله فى إدخال النقص عليهم ، بل تقسم الغلة على زيد وعلى من كان موجودا من ولده ونسله ، فما أصاب زيدا منها كان بينه وبين المقر له مادام زيد حيا ، فإذا مات بطل إقراره ولم يكن للمقر له حق ، وإن كان الوقف على زيد ثم من بعده على الفقراء فأقر زيد بهذا الإقرار لهذا الرجل شاركه الرجل فى الغلة مادام حيا فإذا مات زيد كانت للفقراء ولم يصدقه زيد عليهم

---

(١) (قوله كيف اختاره ورضى به) اعلم أن تصرف الناظر فى الوقف مشروط بالمصلحة ، حتى لو اشترى مايساوى عشرة بخمسة عشر لا ينفذ هذا التصرف على الوقف وحينئذ يكون ما ذكره ابن وهبان غير معارض بمنقول المحشى لحصول الغبن الفاحش فى شراء الشىء اليسير بالثلاثة دنانير فينفذ الشراء على المتولى وأما العشرة فقد تم القرض فيها على الوقف بعقد على حدة بخلاف ما ذكره ابن وهبان فإنه إنما اشتراه بقيمته فقط وإن زادت على قيمته فى الحال اه .

فلو أقر المشروط له الريع أو النظر أنه يستحقه فلان دونه صح ، ولو جعله لغيره لا وسيجىء آخر الإقرار

وإن مات الرجل المقر له وزيد حي فنصف الغلة للفقراء والنصف لزيد فإذا مات زيد صارت الغلة كلها للفقراء اه خصاف ملخصا .

قلت : وإنما عاد نصف الغلة للفقراء إذا مات المقر له مع أن استحقاق الفقراء بعد موت زيد فى هذه الصورة الأخيرة لأن إقراره المذكور يتضمن الإقرار بأنه لاحق له فى النصف الذى أقر به للرجل ، فلا يرجع إليه بعد موت الرجل ، فيرجع إلى الفقراء لعدم من يستحقه غيرهم هذا ماظهر لى . ويؤخذ منه أنه لوكان الوقف على زيد وأولاده وذريته ثم على الفقراء كما فى الصورة الأولى فمات الرجل المقر له يرجع ماكان يأخذه إلى الفقراء لاإلى زيد لإقراره بأنه لاحق له فيه ولا إلى أولاده لأنه لم يقر لهم به ولم ينقص عليهم شيئا من حقهم ، وكذا لوكان الوقف على زيد ثم من بعده على أولاده وذريته ثم على الفقراء ، ثم مات الرجل المقر له يرجع ماكان يأخذه إلى الفقراء لا إلى زيد لما قلنا ولا إلى أولاده لأنهم لايستحقون شيئا إلا بعد موته ، فصارت المسألة فى حكم منقطع الوسط الذى بيناه قبيل الفروع كما حررناه فى تنقيح الحامدية فاغتنم هذه الفائدة السنية .

مطلب فى المصادقة على النظر

(قوله أوالنظر) أفاد أن الإقرار بالنظر مثل الإقرار بريع الوقف : أى غلته ، فلو أقر الناظر أن فلانا يستحق معه نصف النظر مثلا يؤاخذ بإقراره ويشاركه فلان فى وظيفته مادامًا حيين بقي لومات أحدهما فإن كان هو المقر فالحكم ظاهر وهو بطلان الإقرار وانتقال النظر لمن شرطه له الواقف بعده ، وأما لومات المقر له فهى مسألة تقع كثيرا وقد سئلت عنها مرارا . والذى يقتضيه النظر بطلان الإقرار أيضا لكن لاتعود الحصة المقر بها إلى المقر لما مر وإنما يوجهها القاضى للمقر أولمن أراد من أهل الوقف لأنا صححنا إقراره حملا على أن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له كما مر عن الخصاف ، فيصير كأنه جعل النظر لاثنين قال فى الأشباه : وما شرطه لاثنين ليس لأحدهما الانفراد ، وإذا مات أحدهما أقام القاضى غيره ، وليس للحى الانفراد إلا إذا أقامه القاضى كما فى الإسعاف اه ولا يمكن هنا القول بانتقال ما أقر به إلى المساكين كما قلنا فى الإقرار بالغلة إذ لاحق لهم فى النظر وإنما حقهم فى الغلة فقط هذا ماحررته فى تنقيح الحامدية ولم أر من نبه عليه فاغتنمه (قوله صح) أى الإقرار المذكور والمراد أنه يؤاخذ بإقراره حيث أمكن تصحيحه ، أما لوكان فى نفس الأمر أقر كاذبا لايحل للمقر له شىء مما أقر به كما صرحوا فى غير هذا المحل إذ الإقرار إخبار لاتمليك على أن التمليك هنا غير صحيح .

مطلب فى جعل النظر أو الريع لغيره

(قوله ولو جعله لغيره لا) أى لايصير لغيره لأن تصحيح الإقرار إنما هو معامله له بإقراره على نفسه من حيث ظاهر الحال تصديقا له فى إخباره مع إمكان تصحيحه حملا على أن الواقف هو الذى جعل ذلك للمقر له كما مر . أما إذا قال المشروط له الغلة ، أو النظر جعلت ذلك لفلان لايصح لأنه ليس له ولاية إنشاء ذلك من تلقاء نفسه ، وفرق بين الإخبار والإنشاء . نعم لوجعل النظر لغيره فى مرض موته يصح إن لم يخالف شرط الواقف ، لأنه يصير وصيا عنه وكذا لو فرغ عنه لغيره وقرر القاضى ذلك الغير يصح أيضا لأنه يملك عزل نفسه والفراغ عزل ، ولايصير المفروغ له ناظرا بمجرد الفراغ ، بل لابد من تقرير القاضى كما حررناه سابقا ، فإذا قرر القاضى

ولا يكفي صرف الناظر لثبوت استحقاقه بل لابد من إثبات نسبه وسيجيء في دعوى ثبوت النسب :

المفروغ له صار ناظرا بالتقرير لا بمجرد الفراغ ، وهذا غير الجعل المذكور هنا فافهم : وأما جعل الريع لغيره فقال ط : إن كان الجعل بمعنى التبرع بمعلومه لغيره ، بأن يوكله ليقبضه له ثم يأخذه لنفسه فلا شبهة فى صحة التبرع به وإن كان بمعنى الإسقاط فقال فى الخانية : إن الاستحقاق المشروط كإرث لا يسقط بالإسقاط اه :

قلت : ماعزاه للخانية الله أعلم بثبوته فراجعها . نعم المنقول فى الخانية ماسيأتى ، وقد فرق فى الأشباه فى بحث مايقبل الإسقاط من الحقوق بين إسقاطه لمعين وغير معين وذكر ذلك فى جملة مسائل كثر السؤال عنها ولم يجد فيها نقلا فقال إذا أسقط المشروط له الريع حقه لا لأحد لا يسقط كما فهمه الطرسوسي بخلاف ماإذا أسقط حقه لغيره اه أى فإنه يسقط ، لكنه ذكر أنه لا يسقط مطلقا فى رسالته المؤلفة فى بيان مايسقط من الحقوق ، ومالا يسقط أخذا مما فى شهادات الخانية من كان فقيرا من أصحاب المدرسة يكون مستحقا للوقف استحقاقا لا يبطل بإبطاله فلو قال أبطلت حقى كان له أن يأخذه اه :

قلت : لكن لا يخفى أن مافى الخانية إسقاط لا لأحد نعم ينبغى عدم الفرق إذ الموقوف عليه الريع إنما يستحقه بشرط الواقف ، فإذا قال أسقطت حقى منه لفلان أو جعلته له يكون مخالفا لشرط الواقف ، حيث أدخل فى وقفه مالم يرضه الواقف ، لأن هذا إنشاء استحقاق بخلاف إقراره بأنه يستحقه فلان فإنه إخبار يمكن تصحيحه كمامر ، ثم رأيت الخير الرملى أفتى بذلك وقال بعد نقل مافي شهادات الخانية وهذا فى وقف المدرسة ، فكيف فى الوقف على الذرية المستحقين بشرط الواقف من غير توقف على تقرير الحاكم وقد صرحوا بأن شرط الواقف كنص الشارع فأشبه الإرث فى عدم قبوله الإسقاط ، وقد وقع لبعضهم فى هذه المسألة كلام يجب أن يحذر اه :

مطلب لا يكفى صرف الناظر لثبوت الاستحقاق

(قوله ولا يكفى صرف الناظر الخ) أى لو ادعى رجل أنه من ذرية الواقف متمسكا بأن الناظر كان يدفع له الاستحقاق ، لا يكفى بل لابد من إثبات نسبه ، وفى الخيرية فى جواب سؤال أن الشهادة بأنه هو وأبوه وجده متصرفون فى أربعة قراريط لا يثبت به المدعى كمن ادعى حق المرور أو رقبة الطريق على آخر وبرهن أنه كان يمر فى هذه لا يستحق به شيئا كما صرح به غالب علمائنا والشاهد إذا فسر للقاضى أنه يشهد بمعاينة اليد لا تقبل شهادته . وأنواع التصرف كثيرة فلا يحل الحكم بالاستحقاق فى غلة الوقف بالشهادة بأنه هو وأبوه وجده متصرفون ، فقد يكون تصرفهم بولاية أو وكالة أو غصب أو نحو ذلك ، ومما صرحوا به أن دعوى بنوة العم تحتاج إلى ذكر نسبة الأب والأم إلى الجد ليصير معلوما ، لأن انتسابه بهذه النسبة ليس بثابت عند القاضى ، فيشترط البيان ليعلم ، لأنه يحصل العلم للقاضى بدون ذكر الجد والمقصود هنا العلم بالنسبة إلى الواقف ، وكونه ابن عم فلان لا يتحقق به استحقاق من وقف الجد الأعلى لتحقق العمومة بأنواع منها العم للأم اه.

قلت : هذا ظاهر فيما إذا أراد إثبات أنه من ذرية الواقف بمجرد كونه ابن عم فلان الذى هو من ذرية الواقف فحينئذ لابد من إثبات نسبه إلى الجد الجامع . وأما لو ادعى أنه من ذرية الواقف المستحقين للوقف ، فالظاهر أنه يكفى إثبات ذلك بدون ذكر النسب إذا كان الوقف على الذرية ، لأنه يحصل المقصود بذلك ، لأنه لا يختلف ذلك بخلاف بنوة العم ، لأنه قد يكون ابن عم للمتوفى ولا يكون من ذرية الواقف لكونه ابن عم لأم تأمل وسيأتى أنه لو وقف على فقراء قرابته لابد من إثبات القرابة وبيان جهتها (قوله وسيجيء فى دعوى ثبوت النسب) أى

متى ذكر الواقف شرطين متعارضين يعمل بالمتأخر منهما عندنا لأنه ناسخ للأول ؛

الوصف بعد الجمل يرجع إلى الأخير عندنا وإلى الجميع عند الشافعية لو بالواو ولو بثم فإلى الأخير اتفاقا الكل من وقف الأشباه وتمامه فى القاعدة التاسعة .

متى وقف حال صحته وقال على الفريضة الشرعية قسم على ذكورهم وإناثهم بالسوية هو المختار المنقول عن الأخيار كما حققه مفتى دمشق يحيى ابن المنقار فى الرسالة المرضية على الفريضة الشرعية

فى الفروع حيث قال الشارح : ولو أحضر رجلا ليدعى عليه حقا لأبيه وهو مقر به أولا فله إثبات نسبه عند القاضى بحضرة ذلك الرجل ط :

مطلب متى ذكر الواقف شرطين متعارضين يعمل بالمتأخر

(قوله متى ذكر الواقف شرطين متعارضين الخ) فى الإسعاف لو كتب أول كتاب الوقف لايباع ولا يوهب ولا يملك ثم قال فى آخره على أن لفلان بيعه والاستبدال بثمنه ما يكون وقفا مكانه جاز بيعه ويكون الثانى ناسخا للأول ، ولو عكس بأن قال على أن لفلان بيعه والاستبدال به ثم قال آخره لايباع ولا يوهب لايجوز بيعه لأنه رجوع عما شرطه أولا وهذا إذا تعارض الشرطان ، أما إذا لم يتعارضا وأمكن العمل بهما وجب كما ذكره البيرى فى القاعدة التاسعة من الأشباه ، وما ذكروه داخل تحت قولهم شرط الواقف كنص الشارع فإن النصين إذا تعارضا عمل بالمتأخر منهما ط (قوله الوصف بعد الجمل الخ) سيذكر الشارح هذه المسألة عن نظم المحبية مع ماينا سبها وسيأتى الكلام على ذلك :

مطلب مهم فى قول الواقف على الفريضة الشرعية

(قوله متى وقف) أى على أولاده لأنه منشأ الجواب المذكور كما تعرفه ، وبه يظهر فائدة التقييد بقوله حال صحته (قوله كما حققه مفتى دمشق الخ) أقول : حاصل ماذكره فى الرسالة المذكورة أنه ورد فى الحديث أنه صلى الله عليه وسلم قال « سووا بين أولادكم فى العطية ولو كنت مؤثرا أحدا لآثرت النساء على الرجال » رواه سعيد فى سننه وفى صحيح مسلم من حديث النعمان بن بشير « اتقوا الله واعدلوا فى أولادكم » فالعدل من حقوق الأولاد فى العطايا والوقف عطية فيسوى بين الذكر والأنثى ، لأنهم فسروا العدل فى الأولاد بالتسوية فى العطايا حال الحياة . وفى الخانية ولو وهب شيئا لأولاده فى الصحة ، وأراد تفضيل البعض على البعض روى عن أبى حنيفة لابأس به إذا كان التفضيل لزيادة فضل فى الدين وإن كانوا سواء يكره وروى المعلى عن أبى يوسف أنه لا بأس به إذا لم يقصد الإضرار وإلا سوى بينهم وعليه الفتوى وقال محمد : يعطى للذكر ضعف الأنثى ، وفى التتارخانية معزيا إلى تتمة الفتاوى قال : ذكر فى الاستحسان فى كتاب الوقف ، وينبغى للرجل أن يعدل بين أولاده فى العطايا والعدل فى ذلك التسوية بينهم فى قول أبى يوسف وقد أخذ أبو يوسف حكم وجوب التسوية من الحديث ، وتبعه أعيان المجتهدين ، وأوجبوا التسوية بينهم وقالوا يكون آثما فى التخصيص وفى التفضيل ، وليس عند المحققين من أهل المذهب فريضة شرعية فى باب الوقف إلا هذه بموجب الحديث المذكور ؛ والظاهر من حال المسلم اجتناب المكروه ، فلا تنصرف الفريضة الشرعية فى باب الوقف إلا إلى التسوية ، والعرف لايعارض النص هذا خلاصة مافى هذه الرسالة ، وذكر فيها أنه أفتى بذلك شيخ الإسلام محمد الحجازى الشافعى ، والشيخ سالم السنهورى المالكى والقاضى تاج الدين الحنفى وغيرهم اه :

قلت : وقد كنت قديما جمعت فى هذه المسألة رسالة سميتها [العقود الدرية فى قول الواقف على الفرضية الشرعية] حققت فيها المقام وكشفت عن مخدراته اللثام بما حاصله : أنه صرح فى الظهيرية بأنه لو أراد أن يبر أولاده فالأفضل عند محمد أن يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وعند أبى يوسف يجعلهما سواء وهو المختار ، ثم قال فى الظهيرية قبيل المحاضر والسجلات عند الكلام على كتابة صك الوقف إن أراد الوقف على أولاده ، يقول : للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن شاء يقول : الذكر والأنثى على السواء ، ولكن الأول أقرب إلى الصواب وأجلب للثواب اه .

مطلب مراعاة غرض الواقفين واجبة والعرف يصلح مخصصا

وهكذا رأيته فى نسخة أخرى بلفظ الأول أقرب إلى الصواب ، فهذا نص صريح فى التفرقة بين الهبة والوقف فتكون الفريضة الشرعية فى الوقف هى المفاضلة فإذا أطلقها الواقف انصرفت إليها ، لأنها هى الكاملة المعهودة فى باب الوقف ، وإن كان الكامل عكسها فى باب الصدقة فالتسوية بينهما غير صحيحة ، على أنهم صرحوا بأن مراعاة غرض الواقفين واجبة ، وصرح الأصوليون بأن العرف يصلح مخصصا ، والعرف العام بين الخواص والعوام أن الفريضة الشرعية يراد بها المفاضلة : وهى إعطاء الذكر مثل حظ الأنثيين ، ولذا يقع التصريح بذلك لزيادة التأكيد فى غالب كتب الأوقاف ، بأن يقول : يقسم بينهم على الفريضة الشرعية للذكر مثل حظ الأنثيين ولا تكاد تسمع أحدا يقول على الفريضة الشرعية : للذكر مثل حظ الأنثى ، لأنه غير المتعارف بينهم فى هذا اللفظ .

وفى الأشباه فى قاعدة العادة محكمة ، أن ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم كما فى وقف فتح القدير ، ومثله فى فتاوى ابن حجر ، ونقل التصريح بذلك عن جماعة من أهل مذهبه وفى جامع الفصولين مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلى المتعارف ، وقدمنا نحوه عن العلامة قاسم وقد مر وجوب العمل بشرط الواقف ، فحيث شرط القسمة كذلك وكان عرفه بهذا اللفظ المفاضلة وجب العمل بما أراده ، ولايجوز صرف اللفظ عن مدلوله العرفى لأنه صار حقيقة عرفية فى هذا المعنى ، والألفاظ تحمل على معانيها الحقيقية اللغوية إن لم يعارضها نقل فى العرف إلى معنى آخر ، فلفظ الفريضة الشرعية إذا كان معناه لغة أو شرعا التسوية وكان معناه فى العرف المفاضلة ، وجب حمله على المعنى العرفى كما علمت ، ولو ثبت أن المفاضلة فى الوقف مكروهة كما فى الهبة وأن النص الوارد فى الهبة وارد فى الوقف أيضا نقول إن هذا الواقف أراد المفاضلة ، وارتكب المكروه ، فلا يكون فى ذلك تقديم العرف على النص بل فيه إعمال النص بإثبات الكراهة فيما فعله ، وإعمال لفظه بحمله على مدلوله العرفى ، فإن النص لايغير الألفاظ عن معانيها المرادة ، بل يبقى اللفظ على مدلوله العرفى ، وهو المفاضلة لأنه صار علما عليها ، وهى فريضة شرعية فى ميراث الأولاد ، فإذا ذكرها فى وقفه على أولاده وجب العمل بمراده ، وهذا كله بعد تسليم أن المفاضلة فى الوقف مكروهة كما فى الهبة ، وقد سمعت التصريح بخلافه عن الظهيرية .

وقد وقع سؤال فى أواخر كتاب الوقف من الفتاوى الخيرية فيه ذكر الفريضة الشرعية مع عدم التصريح ، بأن للذكر مثل حظ الأنثيين فأجاب فيه بالقسمة بالمفاضلة ، وأجاب فى الخيرية قبله فى سؤال آخر بذلك أيضا ، وبه أفتى مفتى دمشق المرحوم الشيخ إسمعيل تلميذ الشارح ، وكذا شيخ مشايخنا السائحانى ، ورأيت مثل ذلك

ونحوه فى فتاوى المصنف وفيها متى ثبت بطريق شرعى وقفية مكان وجب نقض البيع ولا إثم على البائع مع عدم علمه وللمتولى أجر مثله ولو بنى المشترى أو غرس فذلك لهما فيسلك معهما بالأنفع للوقف :

فى فتاوى الشهاب أحمد بن الشلبى الحنفى شيخ صاحب البحر ،ووافقه عليه الشهاب أحمد الرملى الشافعى فى فتاويه ، ورأيت مثل ذلك أيضا فى فتاوى شيخ الإسلام محقق الشافعية السراج البلقينى ، ومثله فى فتاوى المصنف ، وعزاه أيضا إلى المقدسى والطبلاوى كما يأتى قريبا ، فكل هؤلاء الأعلام أفتوا بما هو المتعارف من معنى هذا اللفظ وكفى بهم قدوة ، وهذا خلاصة ما ذكرته في الرسالة المذكورة ، ومن أراد زيادة على ذلك فليرجع إليها وليعتمد عليها ففيها المقنع لمن يتدبر مايسمع ولله الحمد (قوله ونحوه فى فتاوى المصنف)هذا عجيب بل الذى فيها خلافه وهو انصراف الفريضة الشرعية إلى القسمة بالمفاضلة حيث وجد ذكور وإناث ، نعم وقع فى السؤال الذى سئل عنه المصنف أنه آل الوقف إلى أخى الميت لأمه وأخيه الشقيق ، فأجاب بأنها تقسم الغلة بينهما نصفين لاقسمة الميراث : أى لايعطى للأخ للأم السدس ،والباقى للشقيق وقال : إن هذا هو الموافق لغالب أحوال الواقفين وهو قصد التفاوت بين الذكر والأنثى ، فإذا قال على حكم الفريضة ينزل على الغالب المذكور ، ثم قال وقد أجاب بهذا الجواب شيخ الإسلام عمدة الأنام مفتى الوقت بالقاهرة المحروسة هو الشيخ نورالدين المقدسى وشيخ الإسلام محمد الطبلاوى الشافعى مفتى الديار المصرية اه :

وحاصل كلامه : أنه حيث وجد ذكور فقط كما فى واقعة السؤال من أخوين أحدهما لأم والآخر شقيق يحمل لفظ الفريضة الشرعية على القسمة بالسوية لاعلى قسمة الميراث بينهما ، لأن الغالب من أحوال الواقفين إرادة التفاوت بين الذكر والأنثى فيحمل هذا اللفظ على الغالب إذا وجد ذكر وأنثى لا إذا كانا ذكرين .

قلت : وهذا لاشك فيه وهو صريح فيما قلنا من حمل اللفظ المذكور على معناه العرفى ، وكأن الشارح نظر إلى قوله فى صدر الجواب تقسم الغلة بينهما نصفين ، ولم ينظر إلى باقيه مع أن الضمير فى بينهما راجع للأخوين لاإلى ذكر وأنثى ، وقد وقع لابن المنقار فى رسالته نظير ماوقع للشارح فإنه نقل عن الحافظ السيوطى فتوى استدل بها على كلامه مع أنها دالة على خلاف مرامه :

فإن حاصلها أن واقفا شرط انتقال نصيب من مات عن غير ولد إلى أقرب الطبقات إليه فمات شخص عن ابن عم وبنتى عم ، فأجاب : بانتقال النصيب إلى الثلاثة وأن قوله بالفريضة الشرعية محمول على تفضيل الذكر على الأنثى فقط فلا يختص به ابن العم وإن كان عصبة :

وحاصله : حمل الفريضة الشرعية على المفاضلة لاعلى التسوية ولاعلى قسمة الميراث من كل وجه ، وهذا عين ماأجاب به المصنف والله الموفق فافهم (قوله وللمتولى أجر مثله) أى أجر مثل المكان المذكور فى مدة وضع المشترى يده على القول المختار كما فى البزازية وغيرها فتاوى المصنف .

مطلب فيما لو اشترى دار الوقف وعمر أو غرس فيها

(قوله فذلك لهما) هكذا عبارة فتاوى المصنف ونصها : وإذا زاد المشترى فى المكان المذكور زيادة هى مال متقوم كالبناء والغرس فذلك لهما ولهما المطالبة به فيسلك معهما فيه طريقا يظهر نفعها لجهة الوقف ويعظم وقعها اه والظاهر أن يقول : فذلك له أى للمشترى ، والمراد بالأنفع للوقف أنه إن كان القلع والتسليم للمشترى أنفع للوقف يفعل ، وإلا بأن كان القلع يضر بالوقف يتملكه الناظر للوقف كما مر فى بناء المستأجر تأمل .

وفى البزازية معزيا للجامع إنما يرجع بقيمة البناء بعد نقضه إن سلمه المشترى للبائع وإن أمسكه لم يرجع بشىء بخلاف مالو استحق المبيع لو انقطع ثبوته فما كان فى دواوين القضاء اتبع وإلا فمن برهن على شىء حكم له به وإلا صرف للفقراء مالم يظهر وجه بطلانه بطريق شرعى فيعود لملك واقفه

مطلب إذا هدم المشترى أو المستأجر دار الوقف ضمن

قلت : وهذا إذا كان النقض ملك المشترى ، فلو بناه بنقض الوقف فهو للوقف وبقى لو هدمه. ففى البحر عن المحيط : لو هدم المشترى البناء إن شاء القاضى ضمن البائع قيمة البناء فينفذ بيعه أو ضمن المشترى ، ولا ينفذ البيع ، ويملك المشترى البناء بالضمان ، ويكون الضمان للوقف لا للموقوف عليهم اهـ والمراد بالبناء نقضه ، وهذا إذا لم تمكن إعادته وإلا أمر كما سنذكره فى الغصب ، وبقى أيضا لو هدمه وبناه على غير صفته. فى الحامدية عن فتاوى المفتى أبى السعود : يلزم المشترى قلع مابناه وقيمة ماقلعه اهـ .

قلت : هذا إن لم يكن البناء الثانى أنفع للوقف ، ففى فتاوى قارئ الهداية سئل إذا استأجر شخص دارا وقفا ثم إنه هدمها وجعلها طاحونا أو فرنا أو غيره ما يلزمه؟ أجاب : ينظر القاضى إن كان ماغيرها إليه أنفع لجهة الوقف أخذ منه الأجرة وبقى ماعمر لجهة الوقف وهو متبرع بما أنفقه فى العمارة ولا يحسب له الأجرة ، وإن لم يكن أنفع ولا أكثر ريعا ألزم بهدم ماصنع وإعادة الوقف إلى الصفة التى كان عليها بعد تعزيره بمايليق بحاله اهـ (قوله وفى البزازية الخ) الذى فى فتاوى المصنف وكذا له الرجوع بقيمة البناء على البائع إذا نقض المستحق البناء بلا قيد كما فى البزازية نقلا عن الذخيرة ، وفيها نقلا عن الجامع أنه إنما يرجع على البائع بقيمته مبنيا إذا كان المشترى سلم النقض إلى البائع وأما إذا أمسك النقض لا يرجع على البائع بشىء اهـ مافى فتاوى المصنف وقوله بلا قيد أى قيد التسليم المقيد به فى العبارة الثانية ، ومثله ماسيذكره الشارح فى باب الاستحقاق عن المنية شرى دارا وبنى فيها فاستحقت رجع بالثمن وقيمة البناء مبنيا على البائع إذا سلم النقض إليه يوم تسليمه ، وإن لم يسلم فبالثمن لاغير اهـ وقوله يوم تسليمه متعلق بالقيمة ، حتى لو أنفق فى البناء عشرة آلاف وسكن فى الدار حتى تغير البناء وتهدم بعضه لم يرجع إلا بقيمته يوم يسلم البناء للبائع ، ولو غلا حتى صار بعشرين ألفا يرجع بقيمته يوم يسلم ولا ينظر إلى ما أنفق كذا فى الخانية ، وبه ظهر أن قول الشارح بعد نقضه متعلق بيرجع لا بقيمة وأشار به إلى أنه إنما يرجع بقيمة مايمكن نقضه وتسليمه إلى البائع فلا يرجع بقيمة جص وطين كما سيذكره فى باب الاستحقاق فافهم (قوله بخلاف مالو استحق المبيع) هذا لم يذكر فى فتاوى المصنف ولا فى البزازية كما سمعت ، والصواب إسقاطه لأن مانحن فيه من استحقاق المبيع ، وهذا يوهم الفرق بين مالو استحق الوقف ومالو استحقه مالك ولم نر من فرق بينهما والمصنف لم يفرق بينهما كما علمت من عبارته فى الفتاوى فافهم .

مطلب فى الوقف إذا انقطع ثبوته

(قوله لو انقطع ثبوته الخ) المراد علم أنه وقف بالشهرة ولكن جهلت شرائطه ومصارفه بأن لم يعلم حاله ، ولا تصرف قوامه السابقين كيف كانوا يعملون وإلى من يصرفونه ، فحينئذ ينظر إلى مافى دواوين القضاة فإن لم يوجد فيها لا يعطى أحد ممن يدعى فيه حقا مالم يبرهن فإن لم يبرهن يصرف للفقراء لأن الوقف فى الأصل لهم وقد علم مجرد كونه وقفا ولم يثبت فيه حق لغيرهم فيصرف إليهم فقط ، وهذا معنى قولهم : يجعلها القاضى موقوفة إلى

أو وارثه أو لبيت المال ، فلو أوقفه السلطان عاما جاز ، ولو لجهة خاصة فظاهر كلامهم لا يصح :

لو شهد المتولى مع آخر بوقف مكان كذا على المسجد فظاهر كلامهم قبولها :

لا تلزم المحاسبة فى كل عام ، ويكتفى القاضى منه بالإجمال لو معروفا بالأمانة ، ولو متهما يجبره على التعيين شيئا فشيئا ولا يحبسه بل يهدده ، ولو اتهمه يحلفه قنية :

قلت : وقدمنا فى الشركة أن الشريك والمضارب والوصى والمتولى لا يلزم بالتفصيل ، وأن غرض قضاتنا ليس إلا الوصول لسحت المحصول :

لو ادعى المتولى الدفع قبل قوله بلا يمين لكن أفتى المنلا أبو السعود أنه إن ادعى الدفع من غلة الوقف

أن يظهر الحال ، وقدمنا تمام تحقيق هذه المسألة عند قوله وبيان المصرف من أصله فافهم (قوله أو وارثه) أى إن مات مالكه أو لبيت المال إن لم يكن له وارث (قوله فلو وقفه السلطان) أى بعد ماصار لبيت المال بموت أربابه ، وقدمنا أن هذا ارصاد لا وقف حقيقى (قوله عاما) كالمسجد والمقبرة والسقاية ، ومثله ما وظفه فى مسجد ونحوه للعلماء ونحوهم ممن له حق فى بيت المال ، فلا يجوز لأحد إبطاله نعم للسلطان مخالفة شرط واقفه بزيادة ونقص ونحو ذلك لا بصرفه عن جهته إلى غير جهته كما مر عند قوله ونقل عن المبسوط (قوله ولو لجهة خاصة) كذريته أو عتقائه (قوله لا يصح) لأن فيه تعطيل حق بقية المسلمين وقد بسط المقام فى شرح الوهبانية فراجعه (قوله فظاهر كلامهم قبولها) كما لو شهد بوقف مدرسة وهو صاحب وظيفة بها فتاوى المصنف ، وكذا شهادة أهل المحلة بوقف عليها ، وأبناء السبيل بوقف على أبناء السبيل ، وهذا فى الشهادة بأصل الوقف لا فيما يرجع إلى الغلة كشهادة باجارة ونحوها فلا تقبل لأن له حقا فيها فكان متهما كما فى شهادات البحر ، وسيأتى تمامه إن شاء الله تعالى قبيل قوله والأجير الخاص ، ووجه القبول أن الشهادة تقبل فى الوقف حسبة بدون الدعوى كما مر (قوله بل يهدده) يومين أو ثلاثة فإن فعل وإلا يكتفى منه باليمين بحر :

مطلب فى محاسبة المتولى وتحليفه

(قوله ولو اتهمه يحلفه) أى وإن كان أمينا كالمودع يدعى هلاك الوديعة أو ردها قيل : إنما يستحلف إذا ادعى عليه شيئا معلوما ، وقيل يحلف على كل حال بحر عن القنية :

قلت : وسيأتى قبيل كتاب الإقرار أنه لا تحليف على حق مجهول إلا فى ست : إذا اتهم القاضى وصى يتيم ومتولى وقف وفى رهن مجهول ودعوى سرقة وغصب وخيانة مودع اه (قوله قلت وقدمنا الخ) استدراك على قوله : ولو متهما يجبره على التعيين ، وقد يجاب بحمل ماقدمه على ما إذا كان معروفا بالأمانة :

مطلب فى قبول قول المتولى فى ضياع الغلة وتفريقها

(قوله بلا يمين) مخالف لما فى البحر عن وقف الناصحى إذا آجر الواقف أو قيمه أو وصيه أو أمينه ثم قال قبضت الغلة فضاعت أو فرقتها على الموقوف عليهم وأنكروا فالقول له مع يمينه اه ومثله فى الإسعاف وكذا فى شرح الملتقى عن شروط الظهيرية ، ثم قال : وسيجىء فى العارية أنه لا يضمن ما أنكروه بل يدفعه ثانيا من مال الوقف اه وفى حاشية الخير الرملى الفتوى على أنه يحلف فى هذا الزمان اه .

لمن نص عليه الواقف فى وقفه كأولاده وأولاد أولاده قبل قوله وإن ادعى الدفع إلى الإمام بالجامع والبواب ونحوهما لايقبل قوله كما لو استأجر شخصا للبناء فى الجامع بأجرة معلومة ثم ادعى تسليم الأجرة إليه لم يقبل قوله . قال المصنف : وهو تفصيل فى غاية الحسن فيعمل به واعتمده ابنه فى حاشية الأشباه .

قلت : وسيجىء فى العارية معزيا لأخى زاده لو آجر القيم ، ثم عزل فقبض الأجرة للمنصوب فى الأصح

مطلب إذا كان الناظر مفسدا لايقبل قوله بيمينه

قلت : بل نقل فى الحامدية عن المفتى أبى السعود أنه أفتى بأنه إن كان مفسدا مبذرا لايقبل قوله بصرف مال الوقف بيمينه ، وفيها القول فى الأمانة قول الأمين مع يمينه إلا أن يدعى أمرا يكذبه الظاهر ، فحينئذ تزول الأمانة وتظهر الخيانة ، فلا يصدق بيمين عن أحكام الأوصياء ، وعلى هذا لو ظهرت خيانة ناظر لايصدق قوله ولو بيمينه وهى كثيرة الوقوع اه وفيها عن فتاوى الشلبى بعد كلام ، ومن اتصف بهذه الصفات المخالفة للشرع التى صار بها فاسقا لايقبل قوله فيما صرفه إلا ببينة اه وبقى هل يقبل قول الناظر الثقة بعد العزل أيضا ذكر الحموى فى حاشية الأشباه من كتاب الأمانات أن ظاهر كلامهم القبول ، لأن العزل لايخرجه عن كونه أمينا ، وأطال فيه فراجعه وبه أفتى المصنف قياسا على الوصى لو ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق كذا فإنه يقبل وعللوه بأنه أسنده إلى حالة منافية للضمان (قوله فى وقفه) أى وقف الواقف المعلوم من المقام (قوله قبل قوله) أى ولو بعد موتهم كما فى شرحه على الملتقى (قوله لايقبل قوله) لأن مايأخذه الإمام ونحوه ، ليس مجرد صلة ، بل فيه شوب الأجرة كما مر (قوله قال المصنف) أى فى فتاواه لكن قال فى كتابه تحفة الأقران غير أن العلماء على الافتاء بخلافه اه وفى حاشية الخير الرملى والجواب عما قاله أبو السعود : أنها ليس لها حكم الأجرة من كل وجه ومقتضى ماقاله أبو السعود أنه يقبل قوله فى حق براءة نفسه لافى حق صاحب الوظيفة لأنه أمين فيما فى يده فيلزم الضمان فى الوقف ، لأنه عامل له وفيه ضرر بالوقف فالإفتاء بما قاله العلماء متعين ، وقوله يعنى : المصنف هو تفصيل فى غاية الحسن فى غير محله إذ يلزم منه تضمين الناظر إذا دفع لهم بلا بينة لتعديه اه .

قلت : وفيه نظر بل الضمان على الوقف ، لأنه عامل له ولاتعدى منه أصلا لأنه دفع حقا لمن يستحقه فأين التعدى إذا لم يشهد ، وإلا لزم أنه يضمن أيضا فى مسألة استئجاره شخصا للبناء إذا دفع له الأجرة بلا بينة ولذا قال فى الحامدية بعد نقله كلام الخير الرملى قلت : تفصيل أبى السعود فى غاية الحسن باعتبار التمثيل بالأجرة فهى مثلها ، وقول العلماء يقبل قوله فى الدفع إلى الموقوف عليهم محمول على غير أرباب الوظائف المشروط عليهم العمل ، ألا ترى أنهم إذا لم يعملوا لايستحقون الوظيفة ، فهى كالأجرة لامحالة ، وهو كأنه أجير فإذا اكتفينا بيمين الناظر يضيع عليه الأجر لاسيما نظار هذا الزمان ، وقال المولى عطاء الله أفندى فى مجموعته سئل شيخ الإسلام زكريا أفندى عن هذه المسألة فأجاب : بأنه إن كانت الوظيفة فى مقابلة الخدمة ، فهى أجرة لا بد للمتولى من إثبات الأداء بالبينة وإلا فهى صلة وعطية يقبل فى أدائه قول المتولى مع يمينه ، وإفتاء من بعده من المشايخ الإسلامية إلى هذا الزمان على هذا متمسكين بتجويز المتأخرين الأجرة فى مقابلة الطاعات اه (قوله قلت وسيجىء الخ) حيث قال : وأما إذا ادعى الصرف إلى وظائف المرتزقة فلا يقبل قوله فى حقهم ، لكن لايضمن ما أنكروه له بل يدفعه ثانيا من مال الوقف كما بسط فى حاشية أخى زاده اه .

قلت : وسيجىء قبله فى الوديعة حكم مالو مات الناظر مجهلا غلات الوقف فراجعه (قوله فى الأصح) ذكر

وهل يملك المعزول مصادقة المستأجر على التعمير قيل نعم ، قال المصنف والذى ترجح عندى لا ؛

ليس للمتولى أخذ زيادة على ماقرر له الواقف أصلا ويجب صرف جميع مايحصل من نماء وعوائد شرعية وعرفية لمصارف الوقف الشرعية ،

مثله فى البحر عن القنية معللا (١) بأن المعزول آجرها للوقف لالنفسه ، خلافا لما أفتى به فى فتاواه كما نبه عليه الرملى (قوله قال المصنف والذى ترجح عندى لا) أى لاتصح مصادقته ، وأخذ المصنف ذلك من قوله فى الولوالجية من حكى أمرا لا يملك استئنافه إن كان فيه إيجاب الضمان على الغير لايصدق ، وإن كان فيه نفى الضمان عن نفسه صدق قال : وحكاية المتولى ذلك فيه إيجاب الضمان على جهة الوقف فينبغى عدم تصديقه وهذا ماترجح عندى فى الجواب اه ؛

قلت : وهذا يشمل المعزول والمنصوب فذكر المعزول غير قيد ، وأصرح مما ذكره المصنف مافى دعوى البزازية لاينفذ إقرار المتولى على الوقف ومثله فى السابع من العمادية ، وفى فتاوى الحانوتى من الإجارة التصادق غير صحيح ، لأنه إقرار منه على الوقف وإقرار الناظر على الوقف غير صحيح (قوله ليس للمتولى الخ) فيه كلام يأتى قريبا ؛

مطلب فيما يأخذه المتولى من العوائد العرفية

(قوله ويجب صرف الخ) حاصل ماذكره المصنف أنه سئل عن قرية موقوفة يريد المتولى أن يأخذ من أهاليها مايدفعونه بسبب الوقف من العوائد العرفية من سمن ودجاج وغلال يأخذونها(٢) لمن يحفظ الزرع ، ولمن يحضر تذريته فيدفع المتولى لهما منها يسيرا ويأخذ الباقى مع ماذكر لنفسه زيادة على معلومه فأجاب : جميع ماتحصل من الوقف من نماء وغيره مما هو من تعلقات الوقف يصرف فى مصارفه الشرعية كعمارته ومستحقيه اه ملخصا لكن أفتى فى الخيرية بأنه إذا كان فى ريع الوقف عوائد قديمة معهودة يتناولها الناظر بسعيه له طلبها لقول الأشباه عن إجارات الظهيرية والمعروف عرفا كالمشروط شرطا فهو صريح فى استحقاقه ماجرت به العادة اه ملخصا ؛

مطلب فى تحرير حكم مايأخذه المتولى من عوائد

قلت : ويؤيده مافى البحر من جواز أخذ الإمام فاضل الشمع فى رمضان إذا جرت به العادة وقد ظهر لى أنه لاينافى ماذكره المصنف لأن هذا فى المتعارف أخذه من ريع الوقف بأن تعورف مثلا أن هذا الوقف يأخذه متوليه عشر ريعه فحيث كان قديما يجعل كأن الواقف شرطه له ، وماذكره المصنف فيما يأخذه المتولى من أهل القرية كالذى يهدى له من دجاج وسمن ، فان ذلك رشوة ، وكالذى يأخذه من الغلال المذكورة التى جعلت للحافظ فافهم . لكن الذى يظهر أن الغلال إذا كانت من ريع الوقف ، يجب صرفها فى مصارف الوقف ؛

---

(١) (قوله معللا الخ) فيه أن هذا التعليل لا ينتج إذ القبض من حقوق الوقف وهى ترجع للعاقد ألا ترى الوكيل لو عقد ثم مات قالوا وصيه أولى بالقبض وكذا لو عزل تكون ولاية القبض له لأن العهدة عليه قال شيخنا ورأيت فى الفتاوى تعليلا منتجا ونصه لأنه ربما يتقاعد المعزول عن تحصيل الأجرة فيضيع مال الوقف اه .

(٢) (قوله وغلال يأخذونها الخ) عبارة الفتاوى يأخذها اه .

ويجب على الحاكم أمر المرتشى برد الرشوة على الراشى غب الدعوى الشرعية الكل من فتاوى المصنف ؛
قلت : لكن سيجىء فى الوصايا ومر أيضا أن للمتولى أجر مثل عمله فتنبه ؛
لو وقف على فقراء قرابته لم يستحق مدعيها ولو وليا(١) لصغير إلا ببينة على فقره وقرابته مع بيان جهتها ، فإذا

وأما مثل الدجاج فيجب رده على أصحابه ، وهو ما أشار إليه بقوله : ويجب على الحاكم أمر المرتشى برد الرشوة على الراشى ؛

مطلب فيما يسمى خدمة وتصديقا فى زماننا

نعم إن كان ما يأخذه منهم تكملة أجر المثل يجب صرفه فى مصارف الوقف وذلك كما يقع فى زماننا كثيرا أن المستأجر إذا كان له كدك أو كردار فى دكان أو عقار لا يستأجر إلا بدون أجر المثل ، ويدفع للناظر دراهم تسمى خدمة لأجل أن يرضى الناظر بالإجارة المذكورة ، فهى فى الحقيقة من أجرة المثل فلو قلنا بردها على المستأجر يلزم ضرر الوقف ولا تحل للناظر لأنه عامل للوقف بما شرطه له الواقف ، أو القاضى وقد صرحوا أيضا بأن الناظر إذا لم يمكنه أخذ الأجرة من المستأجر وظفر بمال المستأجر فله أخذ قدر الأجرة منه فهذه الخدمة إن كانت رشوة لا يجب ردها على الراشى حيث لم يمكنه أخذ أجرة المثل منه بل عليه صرفها فى مصارف الوقف ، وبهذا علم حكم ما يفعله النظار فى زماننا من أخذهم ما يسمونه تصديقا فيما إذا مات صاحب الكدك أو الكردار فيأخذ الناظر من ورثته دراهم ليصدق لهم على انتقال ذلك إليهم ، وكذا إذا اشترى أحد ذلك يأخذ من المشترى دراهم فإن كان ذلك تكملة أجر المثل ، فأخذه جائز إن صرفه فى مصارفه وإلا فلا ولا حول ولا قوة إلا بالله العلى العظيم (قوله ويجب على الحاكم الخ) لم أجده فى نسختى من فتاوى المصنف (قوله غب الدعوى الشرعية) الغب بالكسر عاقبة الشىء كما فى القاموس ط ، وهو متعلق بقوله يجب لأن وجوب الحكم على الحاكم بعد الدعوى الشرعية فإذا ادعى الراشى على المرتشى بما دفعه إليه ، وثبت ذلك وجب على الحاكم أمر المرتشى برد الرشوة فافهم (قوله قلت لكن الخ) استدراك على قول المصنف فى فتاواه : ليس للمتولى أخذ زيادة على ما قرره له الواقف ؛

قلت : والجواب أن كلام المصنف فيمن شرط له الواقف شيئا معينا : وما سيجىء فى الوصايا ومر أيضا عقب مسألة الجامكية فيمن نصبه القاضى ، ولم يشرط له الواقف شيئا كما قدمناه ، لكن قدمنا أيضا عن أنفع الوسائل ثمة أن الأول لو عين له الواقف أقل من أجر المثل ، فللقاضى أن يكمل له أجر المثل بطلبه فهذا مقيد لإطلاق المصنف كما قدمناه هناك ؛

مطلب فى أحكام الوقف على فقراء قرابته

(قوله لو وقف على فقراء قرابته الخ) سيأتى تفسير القرابة ، والفقر فى آخر الفصل الآتى ، وفى البزازية وقف على فقراء قرابته فجاء رجل وادعى أنه من أقرباء الواقف ، وهو فقير كلف أن يبرهن على الفقر وأنه من أقارب الواقف وأنه لا أحد تجب عليه نفقته ، وينفق عليه والفقر وإن كان أمرا أصليا يثبت بظاهر الحال ، لكن الظاهر يكفى للدفع لا للاستحقاق ، وإنما شرط عدم المنفق ، لأنه بالإنفاق عليه يعد غنيا فى باب الوقف ، وشرط

---

(١) (قول الشارح ولو وليا) الأحسن جعل غير الولى والوصى غاية إذ المتوهم فى الغير كالأم والعم وكذا الأجنبى إذا كان فى حجرهم عدم سماع دعواه وأما الولى والوصى فلا يتوهم فيهما ذلك اه.

قضى له استحقه من حين الوقف عليه فتاوى ابن نجيم. وفيها سئل عمن شرط السكنى لزوجته فلانة بعد وفاته مادامت عزبا فمات وتزوجت وطلقت هل ينقطع حقها بالتزويج . أجاب : نعم :

قلت: وكذا الوقف على أمهات أولاده إلا من تزوج أو على بنى فلان إلا من خرج من هذه البلدة فخرج بعضهم ثم عاد أو على بنى فلان ممن تعلم العلم(١) فترك بعضهم ثم اشتغل به فلا شيء له إلا أن يشرط أنه لو عاد فله فليحفظ خزانة المفتين :

لزومه لأنه لو لم يكن واجبا عليه فالظاهر ترك الإنفاق ، فيكون فقيرا قال هلال ولابد أيضا أن يسأل عنه فى السر ، ثم يستحلفه بالله مالك مال ولا لك أحد تجب نفقتك عليه ، وإن برهن على ماذكرنا فأخبر عدلان بغناه فهما أولى، والخبر والشهادة هنا سواء لأنه ليس بشهادة حقيقة بل هو خبر ولو قالا لانعلم أحدا تجب نفقته عليه كفى ، ، ولو زعم البعض أنه غنى إن ادعى أن له مالا يصير به غنيا له أن يحلفه على أنه ليس بغنى ، وليس له تحليف المتولى لأنه لو أقر لايلزم شيء فإذا أنكر لايحلف والخصم فى ذلك هو الواقف لو حيا ، وإلا فمن الوقف فى يده ولو أحد الوصيين دون الوارث وأصحاب الوقف ، فإن برهن على المتولى بأنه قريب الواقف لايقبل ، حتى يبرهن على نسب معلوم كالأخوة لأبوين أولأب أولأم لاعلى الإخوة المطلقة أو العمومة ، وإن قالوا لانعلم به وارثا آخر أعطاه ، وإلا يتأنى زمانا ثم يدفع إليه ويأخذ كفيلا عندهما كما فى الميراث ، وإذا أراد الرجل إثبات قرابة ولده أوفقره فله ذلك لو صغيرا بخلاف الكبار فإنهم يثبتون فقرهم بأنفسهم ووصى الأب مثله ، فإن لم يكونا فللأم أوالعم إثبات ذلك لو الصغير فى حجرهما استحسانا لأنه تمحض نفعا له فأشبه قبول الهبة اه ملخصا وتمام الفروع فيها فراجعها وسيأتى آخر الفصل الآتى ماله تعلق بما هنا (قوله من حين الوقف عليه) أى من حين وجود شرط كونه من أهل الوقف ، وهو الفقر والقرابة لامن حين القضاء قال فى الإسعاف : فإن شهدا له بالفقر بعد مجيء الغلة لايدخل فيها ، وإنما يدخل فيما يحدث منها بعد الشهادة إلا أن يشهدا له فى وقف ويسند فقره إلى زمن سابق فإنه يقضى له بالاستحقاق من مبدأ الزمن الأول وإن طال اه .

مطلب إذا قال مادامت عزبا فتزوجت وطلقت ينقطع حقها

(قوله أجاب نعم) أى ينقطع حقها بالتزوج إلا أن يشترط أن من مات زوجها أوطلقها عاد حقها إسعاف وفتح : وفى لسان الحكام لابن الشحنة أن جده أجاب كذلك ، وأن الكافيجى خالفه وقال يعود الدوام كما كان بالفراق ووقع النزاع بين يدى السلطان ، وأن جده أخرج النقل فوافقه الحاضرون (قوله فلا شيء له إلا أن يشرط الخ) بخلاف مالو وقف على من يسكن بغداد من فقراء قرابته فانتقل بعضهم وسكن الكوفة ثم عاد إليها وسكن فإنه يعود حقه (٢) لأن النظر هاهنا إلى حالهم يوم قسمة غلة الوقف ألا ترى أنه لو افتقر(٣) الأغنياء

---

(١) (قول الشارح ممن تعلم العلم الخ) فى نسخة يتعلم وهى الصواب إذ يمكن تفسيرها بيشتغل وأما على ما فى هذه النسخة فلا يظهر إذ معنى تعلم العلم اتصف به سواء ترك الاشتغال فيما بعد أولا اه .

(٢) (قوله فإنه يعود حقه الخ) صرح فى البحر بعدم العود فيما لو وقف على فقراء قرابته المقيمين ببلدة كذا فخرج بعضهم قال لا يعود حقه بالعود فلعله يفرق بين الفعل واسم الفاعل وقد أشكلت الفروع فى هذا المحل وتضاربت تضاربا كليا فليحرر اه .

(٣) (قوله ألا ترى أنه لو افتقر الخ) عبارة الاسعاف ألا ترى أنه لو وقف على فقراء قرابته وفيهم الغنى والفقير تصرف الغلة للفقير ثم إنه لو افتقر الأغنياء الخ اه .

وفى الوهبانية : قضى بدخول ولد البنت بعد مضى السنين فله غلة الآتى لا الماضى لو مستهلكة :
وقف على بنيه وله ولد واحد فله النصف والباقى للفقراء أو على ولده له الكل لأنه مفرد مضاف فيعم :

واستغنى الفقراء تكون الغلة لمن افتقر دون من استغنى ولو لم ينظر إلى حالهم يوم القسمة لربما لزم دفع الغلة إلى الأغنياء دون الفقراء وتمامه فى الإسعاف فافهم :

مطلب فيما إذا قضى بدخول ولد البنت

(قوله قضى بدخول ولد البنت) أى فى صورة الوقف على أولاد أولاده (قوله لا الماضى لو مستهلكة) لأن الحكم وإن كان يستند إلى وقت الوقف ، لكن فى حق الموجود وقت الحكم وغلات تلك السنين معدومة كالحكم بفساد النكاح بغير ولى ، لايظهر فى الوطآت الماضية . والمهر ، حتى لوكان غلات السنين الماضية قائمة يستحق أولاد البنات حصتهم منها شرح الوهبانية عن القنية ملخصا . لكن تقدم آنفا فى الوقف لفقراء قرابته أنه من قضى له استحقه من حين الوقف عليه ، وفى قضاء الخيرية لو ثبت أن الوقف سوية بين زيد وعمرو ، وكان زيد يتناول زيادة عما يخصه مدة سنين أجاب : لعمرو الرجوع عليه بما تناوله زائدا عن حقه المدة الماضية ، والقضاء هنا مظهر ومعين لكونه كاشفا فيستند لامثبت وعامل ، حتى يقتصر كما قرره أصحاب الأصول والفروع أيضا اه :

مطلب أثبت واحد أنه من الذرية يرجع بما يخصه فى الماضى

وفى فتاوى ابن نجيم سئل عن واقف وقف على ذريته ففرق الناظر الغلة سنين على جماعة منهم ، ثم أثبت واحد أنه منهم ، وقضى به على الناظر فطالبه بما يخصه فى الماضى فهل له ذلك أجاب : بأنه إن دفع إلى الجماعة بغير قضاء رجع بما يخصه على الناظر ، وإلا رجع على الجماعة أخذا من مسألة الوصى إذا قضى دين الميت بجميع التركة ثم ظهر دين آخر عليه ، فإنهم قالوا إن دفع بغير قضاء رجع الدائن عليه ، وإلا على القابضين ولايعارضه مافى القنية لو قضى بدخول أولاد البنات الخ لأن دخولهم مختلف فيه بخلاف مانحن فيه للإتفاق اه وذكر ذلك بعينه فى فتاوى الحانوتى وحاصله : أن فى دخول أولاد البنات فى الوقف على أولاد أولاده خلافا كما سيأتى تحريره ، فإذا قضى بدخولهم فإنه وإن وقع دخولهم مستندا إلى وقت الوقف لكن بسبب الاختلاف صار الحكم مثبتا حقهم الآن فى الغلة القائمة ، فلهم غلة سنة الحكم وغلة السنين الماضية إذا كانت قائمة للاستناد دون المستهلكة لشبهة الاقتصار ، بخلاف من لم يقع خلاف فى دخوله ، ثم أثبت دخوله فإن القضاء به مظهر أنه منهم لامثبت فيستند ولا يقتصر كما مر فتدبر (قوله لأنه مفرد مضاف فيعم) أى الواحد والأكثر بخلاف بنيه ، وعبارة الإسعاف لأن أقل الجمع هنا اثنان واسم الولد يصدق على الواحد فلهذا اختلفا فى الحكم اه .

مطلب من وقف على أولاده هل يشمل الواحد أولا

[تنبيه] فى البحر ولو وقف على أولاده وليس له إلا واحد أو على بنيه وليس له إلا ابن واحد كان النصف له والنصف للفقراء هكذا سوى بينهما فى الخانية ، وفرق بينهما فى فتح القدير فقال فى الأولاد يستحق الواحد الكل وفى البنين لايستحق الكل ، وقال كأنه مبنى على العرف وقد علمت أن المنقول خلافه اه .

قلت : والحاصل أنه لافرق بين أولاده وبنيه فى أن الواحد يستحق النصف فقط ، لأن اللفظ جمع أقله فى الوقف اثنان كالوصية بخلاف ولده ، فإن الواحد يستحق الكل لما مر وماذكره فى الفتح مشى عليه فى أيمان الأشباه

للمتولى الإقالة لو خيرا :
أجر بعرض معين صح وخصاه بالنقود للمستأجر غرس الشجر بلا إذن الناظر، إذا لم يضر بالأرض

حيث قال : الجمع لايكون للواحد إلا فى مسائل وقف على أولاده ، وليس له إلا واحد فله كل الغلة بخلاف بنيه الخ ، وقال فى الدر المنتقى آخر الوقف : وأما مافى الأشباه فقد عزاه للعمدة ، وكذا ذكره فى التتارخانية وغيرها ، فلم يبق الكلام إلا فى التوفيق :

فأقول وبالله التوفيق : قد لاح لى أنه لايبعد أن يحمل كلام الخانية على ما إذا وقف على أولاده وله ولدان ثم على الفقراء فمات واحد وبقى واحد وقت وجود الغلة ، كما يفيده قوله وله ولد وقت وجود الغلة فيندفع عن الأشباه الاشتباه فتدبر ولاقوة إلا بالله اه :

قلت : ويكفى فى التوفيق مامر عن الفتح من ابتنائه على العرف إذ لاشك أن من وقف على أولاده وأولادهم يريد أنه لوبقى منهم واحد ، يأخذ الوقف كله وبما تقرر علمت أن مافى الفتح منقول أيضا :

مطلب فى إقالة المتولى عقد الإجارة

(قوله للمتولى الإقالة لو خيرا) كذا فى البحر عن جامع الفصولين وقال فى الأشباه : إقالة الناظر عقد الإجارة جائزة إلا فى مسألتين الأولى : إذا كان العاقد ناظرا قبله كما فهم من تعليلهم. الثانية : إذا كان الناظر تعجل الأجرة كما فى القنية ومشى عليه ابن وهبان اهـ. لكن فى شرح الوهبانية للشرنبلالى أقول : هذا ليس فيه تحرير فإن قبض الأجرة وعدمه ليس فيه نظر للخير وعدمه ، بل النظر إنما هو لما فيه مصلحة ، وهو الذى فى البحر عن جامع الفصولين المتولى يملك الاقالة لوخيرا وإطلاقه يشمل القبض وعدمه ، ويشمل إقالة عقد ناظر قبله ويؤيده مسألة هى لو باع القيم دارا اشتراها بمال الوقف فله أن يقيل البيع مع المشترى إذا لم يكن البيع بأكثر من ثمن المثل وكذا إذا عزل ونصب غيره ، فللمنصوب إقالته بلا خلاف كذا فى البحر ، وفى الأشباه المتولى على الوقف لو آجر الوقف ثم أقال ولا مصلحة لم يجز على الوقف، فالمنظور إليه المصلحة وعدمها ولذا قال فى الدرر إذا باع المتولى أو الوصى شيئا بأكثر من قيمته لاتجوز إقالته اهـ مع أن المبيع إذا عاد ترجع ماليته على ما كانت عليه ، والعين المؤجرة لاتبقى الأجرة بمضى الزمن إلا بالاستئجار فيفوت النفع الذى لزم بالاستئجار فكان عدم صحة الإقالة مع فوات النفع ألزم من إقالة البيع خصوصا ، وقد تربو المضرة باحتياج العين التى كانت مؤجرة لمؤنة كطعام ومرمة بها اهـ (قوله وخصاه بالنقود) بناء على أن الناظر وكيل يتصرف بالعرض وبالنقد وبالنسيئة عنده وعندهما بالنقود كما سيأتى فى كتاب الوكالة كذا قيل والمسألة نظمها فى الوهبانية :

مطلب للمستأجر غرس الشجر

(قوله للمستأجر غرس الشجر الخ) كذا فى الوهبانية ، وأصله فى القنية يجوز للمستأجر غرس الأشجار والكروم فى الأراضى الموقوفة ، إذا لم يضر بالأرض بدون صريح الإذن من المتولى ، دون حفر الحياض :

مطلب إنما يحل للمتولى الإذن فيما يزيد الوقف به خيرا

وإنما يحل للمتولى الإذن فيما يزيد الوقف به خيرا ثم قال قلت : وهذا إذا لم يكن لهم حق قرار العمارة فيها أما إذا كان يجوز الحفر والغرس والحائط من ترابها لوجود الإذن فى مثلها دلالة اهـ ولايخفى أن قوله قلت الخ : محله عند

وليس له الحفر إلا بإذن، ويأذن لو خيرا وإلا لا ومابناه مستأجر أو غرسه، فله مالم ينوه للوقف والمتولى بناؤه وغرسه للوقف مالم يشهد أنه لنفسه قبله :

عدم الضرر بالأرض، كما يعلم بالأولى من قوله وإنما يحل الخ. ثم اعلم أن العادة فى زماننا أن الناظر لا يمكن المستأجر من الغراس إلا بإذنه إذا لم يكن له فى الأرض حق القرار المسمى بمشد المسكة، فينبغى أنه لا يملك ذلك بدون إذنه، ولاسيما وفيه ضرر على الوقف، لأن الأنفع أن يغرس الناظر للوقف أو يأذن للمستأجر بالمناصبة : وهى أن يغرس على أن الغراس بينه وبين الوقف كما هو العادة ولاشك أنه أنفع من غرسه لنفسه فقط :

مطلب فى حكم بناء المستأجر فى الوقف بلا إذن

(قوله وما بناه مستأجر أوغرسه فله) أى إذا بناه من ماله بلا إذن الناظر ثم إذا لم يضر رفعه بالبناء القديم رفعه وإن ضر فهو المضيع ماله فليتربص، إلى أن يتخلص من تحت البناء ثم يأخذه ولايكون بناؤه مانعا من صحة الإجارة من غيره إذ لا يد له عليه حيث لا يملك رفعه، ولو اصطلحوا على أن يجعله للوقف بثمن لايجاوز أقل القيمتين منزوعا فيه أو مبنيا صح جامع الفصولين :

وفى حاشيته للخير الرملى أقول : ظاهره اشتراط الرضا إذ الصلح لايكون إلا عنه مع أنهم صرحوا فى الإجارة إذا مضت المدة، وكان القلع يضر بالأرض يتملكه المؤجر بأقل القيمتين جبرا، وإطلاقه يقتضى عدم الفرق بين الوقف والملك إذ لاوجه للفرق بينهما فى ذلك فيحمل الصلح فى كلامه على مجرد الإخبار بالصحة لا على أنه شرط متعين فى ذلك اه وفى الخانية : طرح فيها السرقين، وغرس الأشجار، ثم مات فالأشجار لورثته ويؤمرون بقلعها ولا رجوع لهم بما زاد السرقين فى الأرض عندنا اه" وقدمنا مسألة استبقاء المستأجر العمارة فى الأرض المحتكرة قبل الفصل عند قول الشارح وأما الزيادة فى الأرض المحتكرة، وقدمنا مسألة العمارة بإذن الناظر عند مسألة الاستبدال :

مطلب فى حكم بناء المتولى وغيره فى أرض الوقف

(قوله والمتولى بناؤه الخ) اعلم أن البناء فى أرض الوقف فيه تفصيل، فإن كان البانى المتولى عليه فإن كان بمال الوقف فهو وقف سواء بناه للوقف أو لنفسه، أو أطلق وإن من ماله للوقف أو أطلق فهو وقف إلا إذا كان هو الواقف وأطلق فهو له، كما فى الذخيرة، وإن بناه من ماله لنفسه، وأشهد أنه له فهو له كما فى القنية والمجتبى، وإن لم يكن متوليا فإن بنى بإذن المتولى ليرجع فهو وقف، وإلا فإن بنى للوقف فوقف، وإن لنفسه أو أطلق فله رفعه إن لم يضر وتمامه فى ط عن الأشباه وحواشيها . وفى الخانية : ولو غرس فى المسجد يكون للمسجد لأنه لايغرس فيه لنفسه (قوله مالم يشهد أنه لنفسه قبله) أى قبل البناء، وهو متعلق بيشهد، وهذا إذا بناه من ماله كما علم مما مر قبله، وقيد بالاشهاد تبعا لجامع الفصولين وغيره لكن صرح الخصاف بأن القول قوله : إذا اختلف هو وأهل الوقف بأن قال زرعتها لنفسى ببذرى ونفقتى وقالوا : بل لنا لأن البذر له فما حدث منه فهو له بمنزلة الواقف فيما يزرع له قال الخصاف : وأرى إخراجه من يده بما فعل ويضمن نقصان الأرض اه ومثله فى الخانية وهو صريح أيضا بأنه يكون خيانة منه يستحق بها العزل وكأنه فى البحر لم يره حيث قال : وينبغى أن يكون خيانة وقدمنا عند قوله : وينزع وجوبا لو خائنا عن شرح الأشباه للبيرى أنه يؤخذ مما ذكرناه أن الناظر لو سكن دار الوقف ولو بأجر المثل للقاضي عزله لأنه نص فى خزانة الأكمل أنه لايجوز له السكنى ولو بأجر المثل :

ولو آجر لابنه لم يجز خلافا لهما كعبده اتفاقا هذا لو باشر بنفسه فلو القاضي صح وكذا الوصي بخلاف الوكيل : وقف على أصحاب الحديث لا يدخل فيه الشافعي إذا لم يكن في طلب الحديث ويدخل الحنفي كان في طلبه أولا بزازية : أي لكونه يعمل بالمرسل ويقدم خبر الواحد على القياس ، وجاز على حفر القبور والأكفان على الصوفية والعميان في الأصح :

مطلب لو آجر المتولي لابنه أو أبيه لم يجز إلا بأكثر من أجر المثل

(قوله ولو آجر لابنه) أي الكبير إذ الصغير تبع له شرح الوهبانية وفي جامع الفصولين او باع القيم مال الوقف أوآجر ممن لاتقبل شهادة له لم يجز عند أبي حنيفة ، وكذا الوصي وقيل الوصي كمضارب ، وفيه المتولي إذا آجر دار الوقف من ابنه البالغ أو أبيه لم يجز عند أبي حنيفة إلا بأكثر من أجر المثل كبيع الوصي لو بمثل قيمته ، صح عندهما ، ولو خيرا لليتيم صح عند أبي حنيفة ، وكذا متول آجر من نفسه لو خيرا صح ، وإلا لا ومعنى الخير مر في بيع الوصي من نفسه ، وبه يفتى اه والذي مر هو قوله في شراء مال الصغير جاز للوصي ذلك لو خيرا وتفسيره أن يأخذ بخمسة عشر مايساوي عشرة أو يبيع منه بعشرة مايساوي خمسة عشر وبه يفتى اه (قوله كعبده اتفاقا) وكذا لو لنفسه (قوله هذا لو باشر بنفسه) أما لو ذهب إلى القاضي فآجره صح شرح الوهبانية عن الخانية .

قلت : ويشكل عليه مامر عند قوله ولاية نصب القيم إلى الواقف ، ثم لوصيه ثم للقاضي من أن القاضي لايملك التصرف مع وجود المتولي والجواب أنه لايملك ذلك على مافيه من النزاع عند صحة تصرف المتولي بنفسه ، وهنا لايصح وقدمنا عند الكلام ، على قطع الجهات للتعمير أن المتولي لو عمل كالفاعل والبناء ، فله قدر أجرته او أمره الحاكم وإلا فلا إذ لايصلح مؤجرا ومستأجرا وهذه العلة جارية هنا وقدمنا أيضا أول الفصل إذا شرط الواقف أن لاتؤجر الأرض أكثر من سنة ، وكانت إجارتها أكثر أنفع للفقراء فليس للقيم أن يؤجرها أكثر بل يرفع الأمر للقاضي ليؤجرها لأن له ولاية النظر للفقراء فافهم (قوله وكذا الوصي) أي من قبل الأب بخلاف وصي القاضي ؛ فإنه لايصح بيعه ، ولاشراؤه مال اليتيم ولو خيرا كما سيأتي في بابه والإجارة بيع المنافع أفاده ط (قوله بخلاف الوكيل) فإنه لايعقد مع من ترد شهادته له للتهمة عند الإمام إلا إذا أطلق له الموكل كما سيأتي في بابها أفاده ط (قوله أي لكونه يعمل بالمرسل) هو من سقط منه(١) الصحابي ط وهذا التعليل ذكره في شرح الوهبانية بقوله : وفي حفظي تعليله بكونه يعمل الخ ، ولكني لم أظفر به الآن اه ه

قلت : ووجهه أنه عمل بكل الأحاديث حيث لم يترك العمل بهذين ، فصار أحق باطلاق هذا اللفظ عليه ، والظاهر أن هذا عند عدم العرف أما إذا تعورف إطلاقه على من غلب عليه هذا العلم حتى اشتهر به ، وصار يطلق عليه أنه من أهل الحديث تعين حمله على عرف الواقف كما قدمناه في مسألة ابن المنقار (قوله وجاز على حفر القبور والأكفان) هو المفتى به كما في البحر عن الفتاوى ، وفي شرح الوهبانية أن الصحة أظهر :

مطلب في الوقف على الصوفية والعميان

(قوله لا على الصوفية والعميان في الأصح) فإنه وقع فيه خلاف قال في شرح الوهبانية عن الخلاصة ، بعد حكاية الخلاف ، وأخرج الإمام علي السعدي الرواية من وقف الخصاف أنه لا يجوز على الصوفية والعميان ، فرجعوا إلى جوابه اه :

(١) قوله (هو من سقط الخ) هكذا بخطه والذي في حاشية ط هو ما سقط الخ وهي أولى اه مصححه .

ولو شرط النظر للأرشد فالأرشد من أولاده فاستويا اشتركا به أفتى به المنلا أبو السعود معللا بأن أفعل التفضيل ينتظم الواحد والمتعدد وهو ظاهر وفى النهر عن الإسعاف شرطه لأفضل أولاده فاستويا فلأسنهم ولو أحدهما أورع والآخر أعلم بأمور الوقف فهو أولى إذا أمن خيانته انتهى جوهرة وكذا لو شرط لأرشدهم كما فى نفع الوسائل ،

قلت : لكن فى الإسعاف قال شمس الأئمة إذا ذكر مصرف فيهم تنصيص على الحاجة ، فهو صحيح وإن استوى فيه الأغنياء والفقراء ، فإن يحصون(١) صح وإلا بطل إلا إن كان فى لفظه ما يدل على الحاجة عرفا كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ، ويصرف لفقرائهم فهذا الضابط يقتضى صحة الوقف على الزمنى والعميان ، وقراء القرآن والفقهاء وأهل الحديث ، ويصرف لفقرائهم لإشعار الأسماء بالحاجة استعمالا لأن العمى ، والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب ، فيغلب فيهم الفقر وهو أصح مما سيأتى فى باب الباطل أنه باطل على هؤلاء اه ومقتضاه : أنه يصح على الصوفية أيضا لأن الفقر فيهم أغلب من العميان بل اصطلاحهم تسميتهم بالفقراء وهذا إن كانت العلة ماذكروا وإلا ففى التتارخانية عن الإمام أبى اليسر أن الصوفية أنواع ، فمنهم قوم يضربون بالمزامير ، ويشربون الخمور إلى أن قال فيهم إذا كانوا بهذه المثابة ، كيف يصح الوقف عليهم اه فأفاد : أن العلة أن منهم من لايصح الوقف عليهم ، فلا يكون قربة ، ويحتمل أن المراد لايصح الوقف على هذا النوع منهم إذا عينهم الواقف ، وهذا وإن كان خلاف ظاهر العبارة لكنه من حيث المعنى أظهر لأن لفظ الصوفية إنما يرادبه فى العادة من كانوا على طريقة مرضية أما غيرهم : فليسوا منهم حقيقة وإن سموا أنفسهم بهذا الإسم فإذا أطلق الإسم لايدخلون فيه ، فيصح الوقف ويستحقه أهل ذلك الإسم حقيقة ، وحينئذ تكون علة الصحة مامر من غلبة وصف الفقر عليهم فاغتنم هذا التحرير (قوله وفى النهر عن الإسعاف الخ) تخصيص لما أفتى به أبو السعود (قوله فهو أولى) أى الأعلم بأمور الوقف أولى ، ومثله لو استويا فى الديانة والسداد والفضل والرشاد فالأعلم بأمر الوقف أولى بحر عن الظهيرية :

مطلب فى شرط التولية للأرشد فالأرشد

(قوله وكذا لو شرطه لأرشدهم) فيقدم بعد الاستواء فيه الأسن ، ولو أنثى كما فى الإسعاف والأعلم بأمور الوقف ، وأفتى فى الاسماعيلية بتقديم الرجل على الأنثى والعالم على الجاهل : أى بعد الاستواء فى الفضيلة والرشد ، قال فى البحر : والظاهر أن الرشد صلاح المال ، وهو حسن التصرف وفيه عن الإسعاف ، ولو قال الأفضل فالأفضل فأبى الأفضل القبول ، أو مات يكون لمن يليه على الترتيب ذكره الخصاف وقال هلال : القياس أن يدخل القاضى بدله رجلا مادام حيا ، فإن مات صارت الولاية لمن يليه فى الفضل ، ولو كان الأفضل غير موضع أقام رجلا مقامه ، وإذا مات تنتقل لمن يليه فيه ، وإذا صار أهلا بعده ترد الولاية إليه ، وكذا لو لم يكن فيهم أهل أقام القاضى أجنبيا إلى أن يصير فيهم أهل ، ولو صار المفضول منهم أفضل ممن كان أفضلهم تنتقل الولاية إليه فينظر فى كل وقت إلى أفضلهم كالوقف على الأفقر فالأفقر اه ملخصا :

مطلب إذا صار غير الأرشد أرشد

قلت : وبه علم عدم صحة ما أفتى به فى الحامدية أنه إذا أثبت أحدهم أرشديته أنه لاتقبل بينة آخر أنه صار أرشد واستند لما فى حاوى السيوطى أن العبرة لمن فيه هذا الوصف فى الابتداء ، لافى الأثناء ، وبينت الجواب عنه

---

(١) قوله (فإن يحصون) لعل صوابه يحصوا بحذف النون اه مصححه .

ولو ضم القاضى للقيم ثقة أى ناظر حسبة هل للأصيل أن يستقل بالتصرف لم أره وأفتى الشيخ الأخ أنه إن ضم إليه الخيانة لم يستقل وإلا فله ذلك وهو حسن نهر وفى فتاوى مؤيد زاده معزيا للخانية وغيرها ليس للمشرف التصرف بل الحفظ ،

فى تنقيحها وذكرت فيه تفصيلا أخذا من القواعد المذهبية ، وهو أنه إذا ادعى آخر الأرشدية قبل الحكم بها للأول ، وتعارضت البينتان اشتركا فى التولية لما مر من أن أفعل التفضيل ينتظم الواحد والأكثر ، ولأنه لا سبيل إلى ترجيح إحدى البينتين على الأخرى قبل الحكم وإن كان بعده وقصر الزمن لا تسمع الثانية ، لترجح الأولى بالحكم بها فتلغو الثانية ، وأما إذا طال بحيث يمكن أن يصير الثانى أرشد فكذلك إلا إذا شهدت الثانية بأن صاحبها صار الآن أرشد من الأول والله تعالى أعلم اهـ ثم رأيت التصريح بذلك فى فتاوى الشيخ قاسم حيث قال : إذا قامت بينة أخرى بالأرشدية لغيره فلابد من تصريحها بأن هذا أمر تجدد ، وذكر قبله أن الشهادة بالأرشدية تحتاج أن يكون الأولاد وأولاد الأولاد معلومين محصورين ، ليكون المشهود له أرشد من غيرهم (قوله ولو ضم القاضى للقيم ثقة) تقدم عند قول الشارح : ليس للقاضى عزل الناظر بمجرد شكاية المستحقين ، أنه يضمه إليه إذا طعن فى أمانته بدون إثبات خيانة وإلا عزله وتقدم تمام الكلام عليه هناك (قوله وإلا فله ذلك) قد يقال إنه إذا ضمه إليه للطعن فى أمانته وكان للأصيل الاستقلال بالتصرف لم يبق فائدة لضمه إليه إلا أن يصور فيما إذا ضمه إليه إعانة له لا لطعن ولا لخيانة تأمل .

مطلب ليس للمشرف التصرف

(قوله ليس للمشرف التصرف) بل له الحفظ لأن التصرف فى مال الوقف مفوض إلى المتولى خالية ، والظاهر أن المراد بالحفظ حفظ مال الوقف عنده لكن قال فى الفتح : وهذا يختلف بحسب العرف فى معنى المشرف اهـ ومقتضاه أنه لو تعورف تصرفه مع المتولى اعتبر ، ويحتمل أن يراد بالحفظ مشارفته للمتولى عند التصرف لئلا يفعل ما يضر ويؤيده ما ذكروه فى مشرف الوصى ، فى الخانية قال الإمام الفضلى يكون الوصى أولى بإمساك المال ، ولا يكون المشرف وصيا وأثر كونه مشرفا أنه لا يجوز تصرف الوصى إلا بعلمه وفى أدب الأوصياء عن فتاوى الخاصى ، وبقول الفضلى يفتى ، وأنت خبير بأن الوقف يستقى من الوصية ومسائله تنزع منها ، وعن هذا أفتى فى الحامدية بأنه ليس للمتولى التصرف فى أمور الوقف ، بدون إذن المشرف واطلاعه .

مطلب القيم والمتولى والناظر بمعنى واحد

وفى الخيرية إن كان الناظر بمعنى المشرف فقد صرحوا بأن الوصى لا يتصرف إلا بعلم المشرف وفيها سئل فى وقف له ناظر ومتول هل لأحدهما التصرف بلا علم الآخر أجاب لا يجوز والقيم والمتولى والناظر فى كلامهم بمعنى واحد اهـ .

قلت : هذا ظاهر عند الأفراد أما لو شرط الواقف متوليا وناظرا عليه كما يقع كثيرا ، فيراد بالناظر المشرف وعن هذا أجبت فى حادثة بأنه ليس للمتولى الإيجار ، بلا علم الناظر ، خلافا لما فى الفتاوى الرحيمية من أنه لو آجر المتولى إجارة شرعية بأجرة المثل لا يملك الناظر معارضته لأنه فى معنى المشرف تأمل . وأفتى فى الإسماعيلية بأنه ليس للناظر معارضة المتولى إلا أن يثبت أن نظارته بشرط الواقف اهـ .

قلت : وفيه نظر ، إذ لو نصبه القاضى ناظرا على المتولى لثبوت خيانته لم يستقل المتولى بالتصرف كما مر

ليس للمتولى أن يستدين على الوقف للعمارة إلا بإذن القاضى .

مات المتولى والجباة يدعون تسليم الغلة إليه فى حياته ولا بينة لهم صدقوا بيمينهم لإنكارهم الضمان .

لايجوز الرجوع عن الوقف إذا كان مسجلا ، ولكن يجوز الرجوع عن الموقوف عليه المشروط كالمؤذن والإمام والمعلم وإن كانوا أصلح اه جوهرة .

عن النهر ، بل مثله مالو نصبه عليه للطعن فى أمانته كما بحثناه آنفا تأمل (قوله ليس للمتولى أن يستدين الخ) مكرر مع ماتقدم (قوله إذا كان مسجلا) مبنى على قول الإمام إن الوقف لايلزم قبل الحكم والتسجيل ، ومر أن المفتى به قولهما .

مطلب لايجوز الرجوع عن الشروط

(قوله وإن كانوا أصلح) الذى رأيته فى فتاوى مؤيد زاده إذا لم يكونوا أصلح أوفى أمرهم تهاون فيجوز للواقف الرجوع عن هذا الشرط اه وهكذا نقله عنها فى شرحه على الملتقى ثم نقل عن الخلاصة : لايجوز الرجوع عن الوقف إذا كان مسجلا ، ولكن يجوز الرجوع عن الموقوف عليه وتغييره وإن كان مشروطا كالمؤذن والإمام والمعلم إن لم يكونوا أصلح أوتهاونوا فى أمرهم ، فيجوز للواقف مخالفة الشرط اه .

قال ط : أقول وبالله تعالى التوفيق : إن ماذكره من المؤذن والإمام إن لم يكونوا أصلح ليس من الرجوع ، وإنما هو مخالفة للشرط لكونها أنفع للوقف بنصب غيرهم ممن يصلح ، فهو كما إذا شرط أن لاينزع من الولاية فخان فإنه ينزع ولايعتبر هذا الشرط ويولى غيره ، وكما إذا شرط أن لايؤجر أكثر من سنة ولارغبة فيما عينه فإنه يخالف ، وما كان ينبغى للشارح أن يفرد هذا بفرع مستقل لأنه يوهم أنه يجوز له الرجوع فى جميع الشروط وليس كذلك اه .

قلت : وقد أجاد فيما أفاد ، أعطاه مولاه غاية المراد . وحاصله أنه لو شرط الواقف أن يكون الإمام أو المؤذن أو المعلم شخصا معينا يصح الرجوع عنه لو كان متهاونا فى مباشرة وظيفته أوكان غيره أصلح ، فهو فى الحقيقة تغيير كما عبر به فى الخلاصة : أى تغيير الشخص المعين بغيره للمصلحة الراجعة إلى المسلمين ، فهو نظير ماقدمه المصنف من قوله البانى أولى بنصب الإمام والمؤذن فى المختار إلا إذا عين القوم أصلح ممن عينه ، وبه ظهر الجواب عما نقله الشارح عن الأشباه من قوله ولم أر حكم عزله لمدرس وإمام ولاهما ، وهو أنه جائز للمصلحة إذا كانا مشروطين فى أصل الوقف فبدونه بالأولى ، وقد ظهر أنه ليس المراد أنه يجوز للواقف الرجوع عن شروط الوقف كما فهمه الشارح ، حتى تكلف فى شرحه على الملتقى للجواب عما قدمه عن الدرر قبيل قول المصنف اتحد الواقف والجهة من أنه ليس له إعطاء الغلة لغير من عينه لخروج الوقف عن ملكه بالتسجيل اه فإنه صريح فى عدم صحة الرجوع عن الشروط ، ولا يخالفه مافى المؤيدية على ماعلمت ، ويدل عليه قوله فى البحر إن التولية خارجة عن حكم سائر الشروط لأن له فيها التغيير كلما بدا له ، وأما باقى الشرائط فلابد من ذكرها فى أصل الوقف اه . وفى الإسعاف : ولايجوز له أن يفعل إلا ماشرط وقت العقد اه . وفيه : لو شرط فى وقفه أن يزيد فى وظيفة من يرى زيادته أوينقص من وظيفة من يرى نقصانه أويدخل معهم من يرى إدخاله أويخرج من يرى إخراجه جاز ، ثم إذا فعل ذلك ليس له أن يغيره لأن شرطه وقع على فعل يراه ، فإذا رآه وأمضاه فقد انتهى مارآه اه . وفى فتاوى الشيخ قاسم : وما كان من شرط معتبر فى الوقف فليس للواقف تغييره ولاتخصيصه بعد

وفى جواهر الفتاوى : شرطه لنفسه مادام حيا ، ثم لولده فلان ماعاش ، ثم بعده للأعف الأرشد من أولاده فالهاء تنصرف للابن لا للواقف لأن الكناية تنصرف لأقرب المكنيات بمقتضى الوضع وكذلك مسائل ثلاث : وقف على زيد وعمرو ونسله فالهاء لعمرو فقط ، وقفت على ولدى وولد ولدى الذكور فالذكور راجع لولد الولد فحسب ،

تقرره ولاسيما بعد الحكم اهـ : فقد ثبت أن الرجوع عن الشروط لايصح إلا التولية مالم يشرط ذلك لنفسه فله تغيير المشروط مرة واحدة إلا أن ينص على أنه يفعل ذلك كلما بدا له وإلا إذا كانت المصلحة اقتضته ، فاغتنم هذا التحرير (قوله فإنها(١)) أى الكناية كما يعلم مما بعده والمراد بها الضمير وتسمية الضمير كناية اصطلاح الكوفيين أفاده ط (قوله لأقرب المكنيات) أى لأقرب المذكورات التى يمكن أن يكون الضمير كناية عنها :

مطلب فى أن الأصل عود الضمير إلى أقرب مذكور

(قوله بمقتضى الوضع) أى الأصل وهو عود الضمير إلى أقرب مذكور إليه :

قلت : وهذا الأصل عند الخلو عن القرائن :

مطلب فيما إذا قال على أولادى وأولاد أولادى الذكور

ولذا قال فى الخيرية : سئل عمن وقف على ولده حسن وعلى من يحدث له من الأولاد ثم على أولاده الذكور ثم على أولاده الإناث وأولادهن : ثم حدث للواقف ولد اسمه محمد ثم مات حسن المذكور فهل الضمير فى يحدث له راجع إلى حسن لأنه أقرب مذكور أم إلى الواقف فيدخل محمد فأجاب مفتى الحنفية بمصر مولانا الشيخ حسن الشرنبلالى بأنه راجع إلى الواقف ثم قال فى الخيرية إن هذا مما لايشك ذو فهم فيه إذ هو الأقرب إلى غرض الواقف مع صلاحية اللفظ له :

مطلب إذا كان للفظ محتملان تعين أحدهما بغرض الواقف

وقد تقرر فى شروط الواقفين أنه إذا كان للفظ محتملان تعين أحدهما بالغرض ، وإذا أرجعنا الضمير إلى حسن لزم حرمان ولد الواقف لصلبه واستحقاق أولاد أولاد البنات وفيه غاية البعد ، ولاتمسك بكونه أقرب مذكور ، لما ذكرنا من المحظور ، وهذا لغاية ظهوره غنى عن الاستدلال اهـ (قوله وكذلك مسائل ثلاث) أى يعتبر فيها الأقرب وإن لم يكن هناك ضمير ، فإن الثانية والثالثة لاضمير فيهما ط (قوله فالهاء لعمرو فقط) أى فلا يدخل نسل زيد زاد الإمام الخصاف : فإن قال على عبد الله وزيد وعمرو ونسلهما ، فالغلة لعبد الله وزيد وعمرو ونسل زيد وعمرو دون نسل عبد الله اهـ (قوله فالذكور راجع لولد الولد فحسب) أى فقط : أى للمضاف المعطوف دون المضاف إليه ودون المعطوف عليه ، فقوله على ولدى بقى شاملا للذكور والإناث من صلبه ، وقوله وولد ولدى الذكور يختص بالذكور من أولاد الذكور والإناث : أى بالمضاف فقط لأنه أقرب مذكور : ولايقال المضاف إليه أقرب مذكور . لأنا نقول الأصل عود الضمير على المضاف ؛ كما إذا قلت جاء غلام زيد وأكرمته : أى الغلام لأنه المحدث عنه والمضاف إليه ذكر معرفا للمضاف غير مقصود بالحكم . ويحتمل أن يكون قوله فحسب احترازا عن رجوعه للمضاف إليه فقط ، فلا ينافى رجوعه للمعطوف عليه أيضا ، وهذا

---

(١) (قوله فإنها الخ) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح فالهاء وهو الأوفق بما يأتى لاسيما ولامرجع فى الشارح للضمير فى قوله فإنها اهـ مصححه

وعكسه، وقفت على بنى زيد وعمرو لم يدخل بنو عمرو لأنه أقرب إلى زيد فيصرف إليه هذا هو الصحيح ؟ قلت : وقدمنا أن الوصف بعد متعاطفين للأخير عندنا.

وإن كان بعيدا من فحوى العبارة لكنه هو الموافق لما نص عليه هلال بقوله قلت أرأيت إن قال على ولدى وولد ولدى الذكور ؟ قال : فهى لمن كان ذكرا من ولده وولد ولده ، قال الذكور من ولد البنين والبنات قال نعم اه فقد جعله قيدا للمعطوف والمعطوف عليه دون المضاف إليه ، ومثله فى الإسعاف . ونصه : ولو قال على ولدى وولد ولدى الإناث يكون للإناث من ولده دون ذكورهم والإناث من ولد الذكور والإناث وهن فيهما سواء اه وهو المتبادر من كلام الخصاف أيضا ، لكن يأتى أن الوصف ينصرف إلى مايليه عندنا ، وهو مؤيد للاحتمال الأول فى عبارة جواهر الفتاوى ، ومقتضى كلام الأشباه أنه قيد للمضاف إليه فقط ، وتمام تحرير المقام فى كتابنا تنقيح الحامدية فراجعه .

مطلب إذا تقدم القيد يكون لما قبل العاطف

(قوله وعكسه وقفت الخ) عكس مبتدأ والجملة بعده أريد بها لفظها خبر ، والمراد أنه عكس ماقبله فى كون القيد فيه متقدما فيكون لما قبل العاطف ، بخلاف ماتقدم فإن القيد فيه متأخر فيكون لما بعد العاطف ، فالضمير فى قوله لأنه أقرب وفى قوله فيصرف عائد للقيد وهو لفظ بنى لالعمرو كما وهم ، ومقتضى كلامه أن الوصف يعود إلى مايليه سواء تأخر أوتقدم ، فإذا قال على فقراء أولادى وجيرانى ينصرف إلى الأول فقط ، وكذا لو قال على ذكور أولادى وأولادهم فيدخل فيه الإناث من أولاد الذكور ، يؤيده أن الأصل العطف على المضاف ، ولم أر مالو توسط الوصف مثل على أولادى الذكور وأولاد أولادى، والظاهر انصرافه للأول فقط، فيخص الذكور لصلبه ويعم الذكور والإناث من أولاد أولاده الذكور والإناث ، نعم لو قال وأولادهم يخص الذكور والإناث من أولاد الذكور لعود الضمير إليهم . وفى الإسعاف : لو قال على الذكور من ولدى وعلى أولادهم فهى للذكور من ولده لصلبه ولولد الذكور : إناثا كانوا أوذكورا دون بنات الصلب ، فلا تعطى البنت الصلبية وتعطى بنت أختها . ولو قال على ذكور ولدى وذكور ولد ولدى يكون للذكور من ولده لصلبه وللذكور من ولد ولده ، ويكون الذكور من ولد البنين والبنات فيه سواء ولايدخل أنثى من ولده ولاولد ولده ولو قال على ولدى وعلى أولاد الذكور من ولدى يكون على ولده لصلبه الذكور والإناث وعلى الذكور والإناث من ولد الذكور من ولده ولايدخل بنات الصلب (١) اه (قوله هذا هو الصحيح) راجع لأصل المسألة ، ومقابله القول بأن الكناية تنصرف للواقف لالابنه كما أفاده كلام المنح قبيل هذا الفصل ، والظاهر أن الخلاف فى باقى المسائل كذلك :

مطلب الوصف بعد جمل يرجع إلى الأخير عندنا

(قوله قلت وقدمنا) أى فى هذا الفصل حيث قال : الوصف بعد الجمل يرجع إلى الأخير عندنا الخ ، ويأتى قريبا ، وهذا تأييد لقوله فالذكور راجع لولد الولدفحسب، لكن علمت مخالفته لكلام هلال والإسعاف (قوله عندنا)

---

(١) (قوله ولا يدخل بنات الصلب) أى لا يدخلن فى الوالدين : أى لايستحق أولادهن فى هذا الوقف شيئا ، وليس المراد نفى دخولهن أنفسهن فى الوقف حتى ينافى التعميم فى الولد الأول كما توهم اه .

وفى الزيلعى : من باب المحرمات : وقولهم ينصرف الشرط إليهما وهو الأصل قلنا ذلك فى الشرط المصرح به والاستثناء بمشيئة الله تعالى . وأما فى الصفة المذكورة فى آخر الكلام فتصرف إلى مايليه ، نحو جاء زيد وعمرو العالم إلى آخره فليحفظ وفى المنظومة المحبية قال :

والوصف بعد جمل إذا أتى يرجع للجميع فيما ثبتا
عند الإمام الشافعى فيما إن كان ذا العطف بواو إما

وعند الشافعى للجميع إن لم يعطف بثم كما مر ويأتى (قوله من باب المحرمات) أى فى كتاب النكاح (قوله وهو الأصل) أى انصراف الشرط إلى المتعاطفين عندنا وعند الشافعية (قوله فى الشرط المصرح به) مثل فلانة طالق وفلانة إن دخلت الدار فيكون دخول الدار شرطا لطلاقهما لا للمعطوف فقط اهـ ط (قوله والاستثناء بمشيئة الله تعالى) لأنه شرط حقيقة وإن سمى استثناء عرفا ، واحترز به عن الاستثناء بإلا . ففى التلويح : إذا ورد الاستثناء عقيب جمل معطوف بعضها على بعض بالواو فلا خلاف فى جواز رده إلى الجميع والأخير خاصة ، وإنما الخلاف فى الظهور عند الإطلاق . فذهب الشافعى أنه ظاهر فى العود إلى الجميع . وذهب بعضهم إلى التوقف وبعضهم إلى التفصيل . ومذهب أبى حنيفة أنه ظاهر فى العود إلى الأخيرة اهـ والمراد بالتفصيل هو أنه إن استقلت الثانية عن الأولى بالإضراب عنها فللأخيرة وإلا فللجميع . واحترز بالجمل عن الاستثناء عقيب مفردات فإنه للكل اتفاقا كما فى شرح التحرير مثال الأول : وقفت دارى على أولادى ووقفت بستانى على إخوتى إلا إذا خرجوا ، ومثال الثانى : وقفت دارى على أولادى وأولادهم إلا إذا خرجوا (قوله فتصرف إلى ما يليه) أى إلى ما يلى العاطف وهو المعطوف المتأخر وهو الأوجه من صرفها للجميع كما فى تحرير ابن الهمام (قوله نحو جاء زيد وعمرو العالم) لايخفى أن الوصف هنا لا يمكن صرفه للجميع وإن أمكن للأول ، لكنه غير محل الخلاف ، فالمناسب تمثيل ابن الهمام بقوله كتميم وقريش الطوال فعلوا ، فإن الطوال جمع طويل يمكن صرفه للمتعاطفين وللأخير فقط ، والثانى مذهبنا وهو الأوجه كما علمت ، والأول مذهب الشافعى . قال فى جمع الجوامع وشرحه : الصفة كالاستثناء فى العود إلى كل المتعدد على الأصح ولو تقدمت ، نحو : وقفت على أولادى وأولادهم المحتاجين ووقفت على محتاجى أولادى وأولادهم ، فيعود الوصف فى الأول إلى الأولاد مع أولادهم . وفى الثانى إلى أولاد الأولاد مع الأولاد ، وقيل لا . أما المتوسطة نحو : وقفت على أولادى المحتاجين وأولادهم فالمختار اختصاصها بما وليته ، ويحتمل أن يقال تعود إلى ما وليها أيضا اهـ .

مطلب الشرط والاستثناء يرجع إلى الكل اتفاقا لا الوصف فإنه للأخير عندنا

[تنبيه] حاصل مامر أن كلا من الشرط والاستثناء والوصف يعود إلى المتعاطفين جميعا عند الشافعى ، وكذا عندنا إلا الوصف فإلى الأخير فقط ، لكن علمت مخالفته لماقدمناه عن هلال وغيره .

مطلب على أن من مات عن ولد من قبيل الشرط

وقد سئل المصنف عمن وقف على أولاده وعددهم على الفريضة الشرعية ، وليس للإناث حق إلا إذا كن عازبات ثم على أولاد الموقوف عليهم ، ثم على أولادهم ونسلهم على أن من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده فهل هذا الشرط راجع للكل أو للجملة الثانية المعطوفة بثم ومابعدها لطول الفصل بين الأولى والثانية وهو قوله ليس للإناث حق الخ

إن كان ذا عطفا بثم وقعا | إلى الأخير باتفاق رجعا
ولو على البنين وقفا يجعل | فإن فى ذاك البنات تدخل
وولد الابن كذاك البنت | يدخل فى ذرية بثبت
لو وقف الوقف على الذرية | من غير ترتيب فبالسوية
يقسم بين من علا والأسفل | من غير تفضيل لبعض فالقل
وتنقض القسمة فى كل سنه | ويقسم الباقى على من عينه
ولو على أولاده ثم على | أولاد أولاد له قد جعلا
وقفا فقالوا ليس فى ذا يدخل | أولاد بنته على ما ينقل
بنى أولادى كذا أقاربى | وأخوتى ولفظ آبائى احسب

أجاب : صرح أصحابنا بأن قوله على أن كذا من قبيل الشرط لما فيها من معنى اللزوم، ووجود الجزاء يلازمه وجود الشرط كما قال تعالى — يبايعنك على أن لا يشركن — أى بشرط أن لا يشركن وبأن الشرط إذا تعقب جملا يرجع إلى الكل، بخلاف الصفة والاستثناء فإلى الأخير عندنا، ولم يفرق أصحابنا بين العطف بالواو والعطف بثم، وعلى هذا فيعود نصيب من مات عن ولد لولده عملا بالشرط المذكور وهو الموافق لغرض الواقفين اه ملخصا . وظاهره أن طول الفصل المذكور لا يضر أيضا (قوله إن كان ذا العطف بواو) قال العراقى فى فتاواه : وقد أطلق أصحابنا فى الأصول والفروع العطف ولم يقيدوه بأداة ، وممن حكى الإطلاق إمام الحرمين والغزالى والشيخان وزاد بعضهم على ذلك فجعل ثم كالواو كالمتولى حكاه عنه الرافعى ، ومثل إمام الحرمين المسألة بثم ثم قيدها بطريق البحث بما إذا كان ذلك بالواو ، وتمامه فيه حموى (قوله إلى الأخير) متعلق برجعا الذى هو جواب أما .

مطلب فى تحرير الكلام على دخول أولاد البنات

(قوله ولو على البنين وقفا يجعل الخ) يعنى لو قال على بنى وله بنون وبنات يدخل فيه البنات ، لأن البنات إذا جمعن مع البنين ذكرن بلفظ التذكير ولوله بنات فقط ، أو قال على بناتى وله بنون لا غير فالغلة للمساكين ولا شىء لهم ، وتمامه فى الإسعاف ، وهذا البيت يغنى عنه البيتان الأخيران (قوله وولد الابن كذاك البنت) أى كذاك ولد البنت فحذف المضاف وأبقى المضاف إليه على جره اه ح أى لو وقف على ذريته يدخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات (قوله لو وقف الوقف على الذرية) أى لو قال على ذرية زيد أو قال على نسله أبدا ما تناسلوا يدخل فيه ولده وولد ولده ، وولد البنين وولد البنات فى ذلك سواء خصاف (قوله من غير ترتيب الخ) أى إن لم يرتب بين البطون تقسم الغلة يوم تجىء على عددهم من الرجال والنساء والصبيان من ولده لصلبه والأسفل درجة بالسوية بلا تفضيل ، ثم كلما مات أحد منهم سقط سهمه ، وتنقض القسمة وتقسم بين من يكون موجودا يوم تأتى الغلة ، أما لو رتب ، بأن قال يقدم البطن الأعلى على الذين يلونهم ثم الذين يلونهم بطنا بعد بطن اعتبر شرطه ، وتمامه فى الخصاف (قوله ولو على أولاده الخ) اعلم أنهم ذكروا أن ظاهر الرواية المفتى به عدم دخول أولاد البنات فى الأولاد مطلقا : أى سواء قال على أولادى بلفظ الجمع أو بلفظ اسم الجنس كولدى، وسواء اقتصر على البطن الأول كما مثلنا أو ذكر البطن الثانى مضافا إلى البطن الأول المضاف إلى ضمير الواقف كأولادى وأولاد أولادى ، أو العائد على الأولاد كأولادى وأولادهم على ما فى أكثر الكتب . وقال الخصاف : يدخلون فى جميع ما ذكر . وقال على

الرازى : إن ذكر البطن الثانى بلفظ اسم الجنس المضاف إلى ضمير الواقف كولدى وولد ولدى لايدخلون ، وإن بلفظ الجمع المضاف إلى ضمير الأولاد كأولادى وأولاد أولادهم دخلوا . وقال شمس الأئمة السرخسى : لايدخلون فى البطن الأول رواية واحدة ، وإنما الخلاف فى البطن الثانى . وظاهر الرواية الدخول ، لأن ولد الولد اسم لمن ولده ولده وابنته ولده ، فمن ولدته بنته يكون ولد ولده حقيقة ، بخلاف ما إذا قال على ولدى فإن ولد البنت لايدخل فى ظاهر الرواية لأن اسم الولد يتناول ولده لصلبه ، وإنما يتناول ولد الابن لأنه ينسب إليه عرفا ، وهو اختيار لقول هلال ، وصححه فى الخانية مستندا لكلام محمد فى السير الكبير . وفى الإسعاف أنه الصحيح ، وجزم به قاضى القضاة نور الدين الطرابلسى وتلميذه الشلبى وابن الشحنة وابن نجيم والحانوتى وغيرهم من المتأخرين ، وكذا الخير الرملى فى موضع من فتاواه ، وخالف فى موضع آخر ، وتمام تحرير ذلك وترجيح ماجنح إليه المتأخرون فى كتابى تنقيح الحامدية ، وقدمنا فى الجهاد بعض ذلك .

ثم رأيت فى فتاوى الكازرونى جوابا مطولا للعلامة الشيخ على المقدسى ، ملخصه أن المحقق ابن الهمام قال فى الفتح ولو ضم إلى الولد ولد الولد فقال على ولدى وولد ولدى اشترك الصلبيون وأولاد بنيه وأولاد بناته ، كذا اختاره هلال والخصاف ، وصححه فى الخانية ، وأنكر الخصاف رواية حرمان أولاد البنات وقال لم أجد من يقول برواية ذلك عن أصحابنا ، وإنما روى عن أبى حنيفة فيمن أوصى بثلث ماله لولد زيد فإن وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم موت الموصى كان بينهم ، وإن لم يكن له ولد لصلبه بل ولد ولد من أولاد الذكور والإناث كان لأولاد الذكور دون أولاد الإناث ، فكأنهم قاسوه على ذلك . وفرق شمس الأئمة بينهما بالفرق المشهور المذكور فى الخانية وغيرها أى ماقدمناه عنه ، فهذا ابن الهمام المعروف بالتحقيق عند الخاص والعام قد اعتمد على هؤلاء الأئمة العظام أما هلال فإنه تلميذ أبى يوسف . وأما الخصاف فقد شهد له بالفضل شمس الأئمة الحلوانى فقال : إن الخصاف إمام كبير فى العلوم يصح الإقتداء به ، وقد اقتدى به أئمة الشافعية . وأما قاضيخان وشمس الأئمة فما فى الطبقات يغنى عن التطويل ، وإذا كان مثل الإمام الخصاف لم يجد من يقوم برواية حرمان أولاد البنات فى صورة ولدى وولد ولدى يعلم أن الصورة التى بلفظ الجمع ليس فيها اختلاف رواية قطعا بل دخول أولاد البنات فيها رواية واحدة. فعن هذا قال شيخ مشايخنا السرى ابن الشحنة : ينبغى أن تصحح رواية الدخول قطعا لأن فيها نص محمد عن أصحابنا ، والمراد بهم أبو حنيفة وأبو يوسف ، وقد انضم إلى ذلك أن الناس فى هذا الزمان لايفهمون سوى ذلك ولا يقصدون غيره ، وعليه عملهم وعرفهم مع كونه حقيقة اللفظ. وقد وقع لشيخ مشايخنا الصدر الأجل المولى ابن كمال باشا مثل ماوقع من ابن الهمام من الاعتماد على هؤلاء الأئمة العظام .

قال : ويقطع عرق شبهة الاختلاف فى صورة أولاد أولادى مانقله فى الذخيرة عن شمس الأئمة السرخسى أن أولاد البنات يدخلون رواية واحدة ، وإنما الروايتان فيما إذا قال آمنونى على أولادى اهـ . وبهذا البيان اتضح أن ماوقع فى بعض الكتب كالتجنيس والواقعات والمحيط الرضوى من ذكر الخلاف فى العبارة المذكورة من قبيل نقل الخلاف فى إحدى الصورتين قياسا على الأخرى مع قيام الفرق بينهما ، وماذكروه فى التعليل من أن ولد البنت ينسب لأبيه لايساعدهم ، لأنه إن أريد أن الولد لاينسب إلى الأم لغة وشرعا فلا وجه له ، إذ لاشبهة فى صحة قول الواقف وقفت على أولاد بناتى ، وإن أريد لاينسب إليها عرفا فلايجدى نفعا فى عدم دخول ولد البنت فى الصورة المذكورة لما عرف أن دخوله فيها بحكم العبارة لا بحكم العرف ، والدخول بحكم العرف إنما هو فى صورتى الوجه الأول وهما ولدى

يشترك الإناث والذكور   فيه وذاك واضح مسطور

ومما يكثر وقوعه مالو وقف على ذريته مرتبا وجعل من شرطه أن من مات قبل استحقاقه وله ولد قام مقامه لو بقى حيا فهل له حظ أبيه لو كان حيا ويشارك الطبقة الأولى أولا ؟

وأولادى ، والتعليل المذكور ينطلق عليهما . وقد ذكر شيخ الإسلام ابن الشحنة أن العرف موافق للحقيقة اللغوية فيجب المصير إليه والتعويل عليه اهـ . وقد أجاب العلامة الحانوتى بمثل ما قاله المقدسى (قوله يشترك الإناث والذكور) أى عند الاجتماع تغليبا للمذكر على المؤنث :

مطلب فى مسألة السبكى الواقعة فى الأشباه فى نقض القسمة والدرجة الجعلية

(قوله ومما يكثر وقوعه الخ) اعلم أن هذه المسألة وقع فيها اختلاف واشتباه ولا سيما على صاحب الأشباه ، ولما رأيت الأمر كذلك جمعت فيها حين وصولى إلى هذا المحل رسالة سميتها [الأقوال الواضحة الجلية فى مسألة نقض القسمة ومسألة الدرجة الجعلية] وكنت ذكرت شيئا من ذلك فى كتاب تنقيح الحامدية وأوضحت فيه المسألتين بما تقر به العين ، فمن أراد الوقوف على حقيقة الأمر فليرجع إلى هذين التأليفين : فإن ذلك يستدعى كلاما طويلا ، ولنذكر لك خلاصة ذلك باختصار :

وذلك أنه إذا وقف على أولاده ثم على أولادهم وهكذا مرتبا بين البطون وشرط أن من مات عن ولد فنصيبه لولده أو عن غير ولد فنصيبه لمن فى درجته ومن مات قبل استحقاقه لشىء وله ولد قام ولده مقامه واستحق ما كان يستحق لو بقى حيا فمات الواقف أو غيره عن عشرة أولاد مثلا ثم مات أحدهم عن ولد يعطى سهمه لولده عملا بالشرط ، فلو مات بعده آخر عن ولد وعن ولد ولد مات والده فى حياة أبيه فهل يعطى هذا الولد مع عمه حصة جده لأن الواقف جعل درجته درجة أبيه وهى درجته الجعلية ، فيشارك أهل الطبقة الأولى وهى درجة عمه أولا يعطى له شيئا(١) أفتى السبكى بعدم المشاركة ، وخص العم بحصة أبيه بناء على أن المتوفى فى حياة والده لا يسمى موقوفا عليه ولا من أهل الوقف ، وإنما يعمل بشرطه الأول ، وهو كل من مات عن ولده فنصيبه لولده ، فكلما مات واحد من العشرة يعطى سهمه لولده دون ولد ولده الذى مات قبل الاستحقاق إلى أن يموت العاشر من الطبقة العليا ، فإذا مات هذا العاشر عن ولد لا يعطى نصيبه لولده بل تنقض القسمة ويقسم على البطن الثانى قسمة مستأنفة ، ويبطل قول الواقف من مات عن ولده فنصيبه لولده ، ويرجع إلى العمل بقوله ثم على أولادهم حيث رتب بين الطبقات وبعد ذلك فكل من مات من البطن الثانى عن ولده فنصيبه لولده ، وهكذا إلى أن يموت آخر هذه الطبقة الثانية فتبطل القسمة وتستأنف قسمة أخرى على الطبقة الثالثة وهكذا إلى آخر الطبقات كما نص عليه الخصاف وغيره ،

لكن السبكى قسم على الموتى من كل طبقة عند استئناف القسمة وأعطى حصة كل ميت لأولاده : وأما الخصاف فقسم على عدد أهل الطبقة التى تستأنف القسمة عليها ولم ينظر إلى أصولهم ، فهذا خلاصة ما قاله السبكى ، وخالفه الجلال السيوطى فاختار أن ولد من مات قبل الاستحقاق يقوم مقام والده عملا بالشرط ويستحق من جده مع أعمامه وأنه إذا مات أحد من أعمامه عن غير ولد استحق معهم أيضا ، لأن عدم كونه من أهل الوقف ممنوع ، بل صريح

---

(١) (قوله أو لا يعطى له شيئا) هكذا بخطه ، ولعل الأوفق حذف كلمة له ، اللهم إلا أن يجعل الجار والمجرور نائب فاعل يعطى على قلة لوجود المفعول به ؛ أو يقرأ الفعل بالبناء للفاعل تأمل اهـ مصححه .

قول الواقف ومن مات من أهل الوقف قبل استحقاقه أنه منهم ؛ فأهل الوقف يشمل المستحق ومن كان بصدد الاستحقاق ، وأنه إذا مات آخر من فى الطبقة عن ولد يعطى سهمه لولده(١) :

وحاصله أنه خالفه فى شيئين : أحدهما أن أولاد المتوفى فى حياة والده لايحرمون مع بقاء الطبقة الأولى ، بل يستحقون معهم عملا باشتراط الدرجة الجعلية . ثانيهما أنه إذا انقرضت الطبقة لاتنقض القسمة كما هو صريح إعطائه سهم آخر من مات من الطبقة لولده ، فقوله فى الأشباه أنه وافق السبكى على نقض القسمة غير صحيح :

ثم إن صاحب الأشباه قال : إن مخالفته للسبكى فى أولاد المتوفى فى حياة أبيه واجبة . وأما نقض القسمة بعد انقراض كل بطن فقد أفتى به بعض علماء العصر وعزوه للخصاف ولم يتنبهوا للفرق بين صورتى الخصاف والسبكى ، فإن صورة السبكى ذكر فيها العطف بكلمة ثم بين الطبقات ، وصورة الخصاف قال فيها وقف على ولده وولد ولده ونسلهم مرتبا : أى قائلا على أن يبدأ بالبطن الأعلى ثم بالذين يلونهم ثم بالذين يلونهم بطنا بعد بطن ، فصدر مسألة الخصاف اقتضى اشتراك البطن الأعلى مع الأسفل ، وقوله على أن يبدأ بالبطن الأعلى إخراج بعد الدخول ، وصدر مسألة السبكى اقتضى عدم الاشتراك للعطف بثم لابالواو فنقض القسمة خاص بمسألة الخصاف دون مسألة السبكى فكيف يصح أن يستدل بكلام الخصاف على مسألة السبكى . وحاصله أنه إن عبر بالواو بين الطبقات مرتبا بعده ، بأن يبدأ بالبطن الأعلى تنقض القسمة عند انقراض كل بطن كما قاله الخصاف وإن عبر بثم لايصح القول بنقض القسمة خلافا للسبكى ، بل كلما مات أحد عن ولد يعطى سهمه لولده فى جميع البطون . هذا خلاصة ماقاله فى الأشباه . وقد رد عليه جميع من جاء بعده ، حتى إن العلامة المقدسى ألف فى الرد عليه رسالة مستقلة ذكرها الشرنبلالى فى مجموع رسائله ، وحقق فيها عدم الفرق فى نقض القسمة بين العطف بثم والعطف بالواو المقترنة بما يفيد الترتيب . وقال : قد أفتى بذلك جماعة من أفاضل الحنفية والشافعية : منهم السرى عبد البر بن الشحنة الحنفى ونور الدين المحلى الشافعى ، وبرهان الدين الطرابلسى الحنفى ، ونور الدين الطرابلسى الحنفى ، وشهاب الدين الرملى الشافعى ، والبرهان بن أبى شريف الشافعى ، وعلاء الدين الإخميمى وغيرهم :

قلت : وأفتى بذلك أيضا العلامة ابن الشلبى فى سؤال مرتب بثم ، وقال الصواب نقض القسمة كما اقتضاه صريح كلام الخصاف ، ولا أعلم أحدا من مشايخنا خالفه فى ذلك ، بل وافقه جماعة من الشافعية وغيرهم اه : وقد أيد العلامة ابن حجر فى فتاواه القول بنقض القسمة على نحو مامر عن الخصاف ، ونقل مثله عن الإمام البلقينى وغيره فى صورة الترتيب بثم ، فقد تحرر بهذا أن الصواب القول بنقض القسمة بلا فرق بين العرف بثم أو بالواو المقترنة بما يفيد الترتيب ، وأن اشتراط الدرجة الجعلية معتبر ، لكن الذى عليه جمهور العلماء قيام من مات فى حياة والده قيام والده فى الاستحقاق من سهم جده . وأما دخوله فى الاستحقاق من عمه ونحوه ممن هو فى درجة أبيه المتوفى قبل الاستحقاق ، فقد وقع فيه معترك عظيم بين العلماء ، فمنهم من قال بدخوله فى الموضعين ، وهو اختيار السيوطى كمامر ، ووافقه جماعة كثيرون ، واعتمده الشرنبلالى ، وألف فيه رسالة تبع فيها العلامة

(١) (قوله يعطى سهمه لولده) ولا تنقض القسمة إذ لافائدة فى نقضها ، لأن السبكى إنما نقضها لأجل إدخال ولد من مات والده قبل الاستحقاق ، والسيوطى أدخله فى درجة أبيه : فلو قال بنقض القسمة لم يكن هناك فائدة لأنه إذا نقض ينقض كالسبكى - بمعنى أنه يقسم أولا على الأصول الأموات ، ويعطى نصيب كل منهم لولده ويعد من مات قبل الاستحقاق مع الأصول المقسوم عليهم ، ويعطى نصيبه لولده الذى من درجة أبيه فالداعى للقسمة إنما هو إعطاء من كان محروما ولا يحرم فى رأى السيوطى ، فلا داعى للنقض ، لأن الظاهر اتفاقهما على معنى القسمة لأنهما مذهبان اه .

أفتى السبكى بالمشاركة وخالفه السيوطى ، وهذه المخالفة واجبة كما أفاده ابن نجيم فى الأشباه من القاعدة التاسعة ، لكنه ذكر بعد ورقتين أن بعضهم يعبر بين الطبقات بثم وبعضهم بالواو ، فبالواو يشارك، بخلاف ثم فراجعه متأملا مع شرح الوهبانية فإنه نقل عن السبكى واقعتين أخريين يحتاج إليهما ، ولم يزل العلماء متحيرين فى فهم شروط الواقفين إلا من رحم الله . ولقد أفتيت فيمن وقف على أولاد الظهور دون الإناث فماتت مستحقة عن ولدين أبوهما من أولاد الظهور بأنه ينتقل نصيبها لهما لصدق كونهما من أولاد الظهور باعتبار أبيهما كما يعلم من الإسعاف وغيره .

وفى الإسعاف والتتارخانية : لو وقف على عقبه يكون لولده وولد ولده أبدا ما تناسلوا من أولاد الذكور دون الإناث إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده الذكور كل من يرجع نسبه إلى الواقف بالآباء فهو من عقبه ، وكل من كان أبوه من غير الذكور من ولد الواقف فليس من عقبه انتهى ، وسيجىء فى الوصايا أنه لو أوصى لآله أو جنسه دخل كل من ينسب إليه من قبل آبائه ، ولا يدخل أولاد البنات وأنها لو أوصت إلى أهل بيتها أو لجنسها لا يدخل ولدها إلا أن يكون أبوه من قومها ، لأن الولد إنما ينسب لأبيه لا لأمه .

قلت : وبه علم جواب حادثة لو وقف على أولاد الظهور دون أولاد البطون فماتت مستحقة عن ولدين أبوهما من أولاد الظهور هل ينتقل نصيبها لهما ، فأجبت : نعم ينتقل نصيبها لهما لصدق كونهما من أولاد الظهور باعتبار والدهما المذكور ، والله أعلم .

فصل فيما يتعلق بوقف الأولاد من الدرر وغيرها

وعبارة المواهب فى الوقف على نفسه وولده ونسبه وعقبه

المقدسى ، وأفتى جماعة كثيرون من أئمة المذاهب الأربعة بعدم دخوله فى الثانى ، وهو الذى حققته فى الرسالة ، وفى تنقيح الحامدية والله سبحانه أعلم ، فاغتنم توضيح هذا المحل ، واشكر مولاك عز وجل (قوله أفتى السبكى بالمشاركة وخالفه السيوطى) العبارة مقلوبة كما ظهر لك مما قررناه ، فإن السبكى أفتى بعدم المشاركة وبنقض القسمة والسيوطى خالفه فى الأمرين لا فى أحدهما خلافا للأشباه (قوله وهذه المخالفة واجبة) أى يجب القول بمشاركته لأهل درجة أبيه على التفصيل الذى قلناه أو مطلقا (قوله فبالواو) أى المقترنة بما يفيد الترتيب بين الطبقات ، وقوله يشارك صوابه تنقض القسمة (قوله بخلاف ثم) فإن القسمة لا تنقض فيها بانقراض كل طبقة ، وقد علمت أن الصواب نقض القسمة فى الموضعين (قوله ولقد أفتيت الخ) أفتى بمثله الحانوتى (قوله بأنه ينتقل نصيبها لهما) أى إذا وجد فى كلام الواقف ما يدل على انتقال نصيب الميت لولده (قوله وفى الإسعاف الخ) هذا كله إلى الفصل ساقط من بعض النسخ ، ويدل على أنه لم يوجد فى أصل النسخة ما فيه من التكرار بإعادة الحادثة التى أفتى بها (قوله إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده) استثناء من قوله دون الإناث ، وهذا دليل ما أفتى به ، وهو مراده من قوله كما يعلم من الإسعاف ، وهذا يؤيد سقوط هذه الجملة من أصل النسخة (قوله كل من يرجع الخ) توضيح لما قبله ط ، وسيذكر فى الفصل الآتى تفسير العقب والنسل والآل والجنس ، ويأتى الكلام عليه ، والله سبحانه أعلم .

فصل فيما يتعلق فى وقف الأولاد

ما قدمه عن جواهر الفتاوى وما بعده إلى هنا من متعلقات هذا الفصل فكان المناسب ذكره فيه (قوله وعبارة المواهب) أى مواهب الرحمن للعلامة برهان الدين إبراهيم الطرابلسى صاحب الإسعاف (قوله فى الوقف على نفسه)

جعل ريعه لنفسه أيام حياته ثم وثم جاز عند الثانى وبه يفتى ، كجعله لولده ، ولكن يختص بالصلبى ويعم الأنثى مالم يقيد بالذكر ويستقل به الواحد ، فإن انتفى الصلبى فللفقراء دون ولد الولد إلا أن لايكون حين الوقف صلبى ، فيختص بولد الابن ولو أنثى دون من دونه من البطون ودون ولد البنت فى الصحيح ؛ ولو زاد وولد ولدى فقط اقتصر عليهما ، ولو زاد البطن الثالث عم نسله ، ويستوى الأقرب والأبعد

أى فى فصل الوقف على نفسه ، وظاهره أن جميع ماذكره عبارة المواهب ، وليس كذلك لأن أكثر ماذكره هنا لم يذكر فى المواهب (قوله جعل ريعه لنفسه الخ) تقدم فى قول المتن وجاز جعل غلة الوقف لنفسه عند الثانى (قوله ثم وثم) حكاية لما يذكره الواقف من العطف بثم فى وقفه كقوله ثم بعدى على أولادى ثم على أولادهم ، وهذا لامدخل له فى نقل الخلاف ، لأن الخلاف فى جعله الريع لنفسه لا لأولاده ونحوهم ، نعم من جعل الوقف على النفس باطلا أبطل ماعطف عليه أيضا (قوله كجعله لولده) متعلق بقوله جاز لكن لابقيد كونه عند الثانى كما علمت (قوله ولكن يختص بالصلبى) أى بالبطن الأول إن وجد ، فلا يدخل فيه غيره من البطون ، لأن لفظ ولدى مفرد وإن عم معنى ، بخلاف أولادى بلفظ الجمع على مايأتى (قوله ويعم الأنثى) أى كالذكر ، لأن اسم الولد مأخوذ من الولادة وهى موجودة فيهما درر وإسعاف (قوله مالم يقيد بالذكر) فى بعض النسخ بالذكور وهى كذلك فى الدرر (قوله ويستقل به الواحد) أى بأن كان له أولاد حين الوقف فماتوا إلا واحدا أولم يكن له إلا واحد فإن ذلك الواحد يأخذ جميع غلة الوقف ، لأن لفظ ولدى مفرد مضاف فيعم ، بخلاف الوقف على بنيه فإن الواحد يستحق نصفها والنصف الآخر للفقراء ، لأن أقل الجمع اثنان كما فى الإسعاف ، وقد مر فى الفروع (قوله فإن انتفى الصلبى) أى مات والأولى التعبير به (قوله دون ولد الولد) لاقتصاره على البطن الأول ، ولااستحقاق بدون شرط إسعاف ، وإنما صرف للفقراء لانقطاع الموقوف عليه كما فى الدرر ، وهذا يسمى منقطع الوسط كما قدمناه (قوله فيختص بولد الابن) أى لايشاركه فى الغلة من دونه من البطون ويكون ولد الابن عند عدم الصلبى بمنزلة الصلبى درر أى لأنه ينسب إليه . وفى الخصاف : فإن لم يكن له ولد لصلبه ولا ولد ولد وكان له ولد وولد ولد فالغلة له ولمن كان أسفل من البطون . والفرق بينه وبين الصلبى حيث لم يدخل مع الصلبى من هو أسفل أنه لما نزل إلى ثلاثة أبطن فقد صاروا مثل الفخذ والقبيلة كما لو قال لولد العباس بن عبد المطلب فهو لمن ينسب إلى العباس اه ملخصا (قوله ولو أنثى) لأن لفظ الولد يعمهما كما قدمه آنفا (قوله فى الصحيح) وهو ظاهر الرواية ، وبه أخذ هلال ، لأن أولاد البنات ينسبون إلى آبائهم لا لآباء أمهاتهم ، بخلاف ولد الابن درر ، وقوله بخلاف ولد الابن أى فإنه يدخل فيه ولد البنات وقدمنا تحريره (قوله ولو زاد ولد ولدى فقط) أى مقتصرا على البطن الأول والثانى (قوله اقتصر عليهما) أى على البطنين : قال فى الدرر : يشتركون فى الغلة ، ولا يقدم الصلبى على ولد الابن لأنه سوّى بينهما أى حيث لم يذكر ما يدل على الترتيب ، بخلاف ما إذا رتب كما يأتى ثم قال فى الدرر : ثم إذا انقرض الأولاد وأولادهم فى الصورتين المذكورتين أى صورة الاقتصار على البطن الأول وصورة زيادة الثانى صرفت الغلة إلى الفقراء لانقطاع الموقوف عليه اه أى لأنه فى الصورتين لايدخل البطن الثالث حيث لم يذكر الولد بلفظ الجمع (قوله ولو زاد البطن الثالث) بأن قال على ولدى وولد ولدى وولد ولد ولدى درر (قوله عم نسله) أى صرف إلى أولاده ماتناسلوا لاللفقراء مابقى واحد من أولاده وإن سفل درر (قوله ويستوى الأقرب والأبعد) أى يشترك جميع البطون فى الغلة لعدم مايدل على الترتيب ، وعلله الخصاف بأنه لما سمى ثلاثة أبطن صاروا بمنزلة الفخذ وتكون الغلة لهم ماتناسلوا قال : ألا ترى أنه لو قال على ولد زيد وزيد قد مات وبيننا وبينه ثلاثة أبطن أو أكثر أن هؤلاء بمنزلة الفخذ

إلا أن يذكر ما يدل على الترتيب ، كما لو قال ابتداء على أولادى بلفظ الجمع أو على ولدى وأولاد أولادى ؛ ولو قال على أولادى ولكن سماهم فمات أحدهم

والغلة لمن كان من ولد زيد وولد ولده ونسلهم أبدا (قوله إلا أن يذكر مايدل على الترتيب) بأن يقول: الأقرب فالأقرب ، أو يقول على ولدى ثم على ولد ولدى ، أو يقول بطنا بعد بطن فحينئذ يبدأ بما بدأ به الواقف درر (قوله كما لو قال الخ) مرتبط بقوله عم نسله . وعبارة الدرر كذا أى صرف إلى أولاده ماتناسلوا لاالفقراء إذا قال على ولدى وأولاد أولادى ، أو قال ابتداء على أولادى يستوى فيه الأقرب والأبعد إلا أن يذكر ما يدل على الترتيب كما مر اه . قال محشيه عزمى زاده: قوله أو قال ابتداء الخ هذا مخالف لما فى الخانية : رجل وقف أرضا على أولاده وجعل آخره للفقراء فمات بعضهم ، قال هلال : يصرف الوقف إلى الباقى ، فإن ماتوا يصرف إلى الفقراء لاإلى ولد الولد اه وهو موافق لما فى الخلاصة والبزازية وخزانة الفتاوى وخزانة المفتين والنتف .

مطلب لو قال على أولادى بلفظ الجمع هل يدخل كل البطون

نعم قال فى الاختيار شرح المختار لو قال على أولادى يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ولكن يقدم البطن الأول ، فإذا انقرض فالثانى ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم اه وقد استفتى عن ذلك بعض العلماء من المولى أبى السعود وأدرج فى سؤاله عبارة واقعة فى بعض الكتب موافقة لما مر عن الاختيار . فأجاب عنه المولى المذكور بما حاصله : إن هذه المسألة قد خطأ فيها رضى الدين السرخسى فى محيطه واعتمد عليه صاحب الدرر اه وما قاله حق مطابق للكتب المعتبرة كما تحققت وخلافه شاذ ثم إن ما فى الدرر غير موافق لذلك القول الشاذ أيضاً لأن مؤدى كلامهم تقديم البطن الأول ثم البطن الثانى ثم الاشتراك بين الأقرب والأبعد ، بخلاف مايدل عليه كلام الدرر من استواء الأقرب والأبعد أولا وآخرا اه ما فى العزمية ملخصا . وأفاد أن قول المفتى أبى السعود واعتمد عليه صاحب الدرر فيه نظر ، لأن كلام الدرر غير موافق لكل من القولين ، لكن جزم بمثله فى فتح القدير والمقدسى فى شرحه والأشباه فى قاعدة الأصل الحقيقة ، نعم ما فى الخانية وغيرها ذكره الخصاف أيضا .

مطلب وقف على أولادهم وسماهم

(قوله ولكن سماهم) فقال على فلان وفلان وفلان وجعل آخره للفقراء درر .

قلت : فلو كان أولاده أربعة وسمى منهم ثلاثة لم يدخل المسكوت عنه ، فلو قال ثم على أولادهم لم يدخل أولاد المسكوت عنه لعود الضمير فى أولادهم إلى المسمين ، بخلاف ما إذا قال ثم على أولاد أولادى فإنهم يدخلون لأنه لم يضف إليهم ، ويدل عليه ما فى الإسعاف : لو قال على ولدى وأولادهم وأولاد أولادهم وله أولاد مات بعضهم قبل الوقف يكون على الأحياء وأولادهم فقط دون أولاد من مات قبل الوقف ، لأن الوقف لايصح إلا على الأحياء ومن سيحدث دون الأموات ، وقد أعاد الضمير إلى أولاد الأحياء يوم الوقف دون غيرهم ، ولو قال على ولدى وولد ولدى وأولادهم دخلوا لقوله وولد ولدى ، فإن ولد من مات قبله ولد ولده اه ملخصا .

[فروع مهمة] قال على ولدى المخلوقين ونسلى فحدث له ولد لصلبه يدخل بقوله ونسلى ، بخلاف ما إذا قال ونسلهم فإن الحادث لا يدخل هوولا أولاده ، ولو قال على ولدى المخلوقين ونسلهم وكل ولد يحدث لى فإنه يدخل الحادث دون أولاده ، ولو قال على ولدى المخلوقين ونسلهم ونسل من يحدث لى دخل أولاد الحادث دونه .

صرف نصيبه للفقراء ؛ ولو على امرأته وأولاده ثم ماتت لم يختص ابنها بنصيبها إذا لم يشترط رد نصيب من مات منهم إلى ولده ؛ ولو قال على بنى أو على إخوتى دخل الإناث على الأوجه ، وعلى بناتى لايدخل البنون، ولو قال على بنى وله بنات فقط أو قال على بناتى وله بنون فالغلة للمساكين ويكون وقفا منقطعا فإن حدث ما ذكر عاد إليه . ويدخل فى قسمة الغلة من ولد لدون نصف حول مذ طلوع الغلة لا لأكثر إلا إذا ولدت مبانته أو أم ولده المعتقة لدون سنتين لثبوت نسبه بلا حل وطئها ،

ولو قال على ولدى المخلوقين وعلى أولاد أولادهم ونسلهم يدخل أولاد أولاده (١) بقوله ونسلهم وإن تجاوزهم ببطن ، بخلاف ما إذا قال على ولدى المخلوقين وعلى نسل أولادهم اه ملخصا من الخصاف (قوله صرف نصيبه للفقراء) لأنه وقف على كل واحد منهم ، بخلاف ما إذا وقف على أولاده ثم للفقراء أى ولم يسم الأولاد فمات بعضهم فإنه يصرف إلى الباقى لأنه وقف على الكل لا على كل واحد أفاده فى الدرر (قوله لم يختص ابنها) أى المتولى من الوقف بل يكون نصيبها لجميع الأولاد درر ، لكن مقتضى ماقدمناه فى بيان المنقطع أن يصرف نصيبها إلى الفقراء تأمل (قوله دخل الإناث على الأوجه) لأن جمع الذكور عند الاختلاط يشمل الإناث كما سلف ط (قوله لا يدخل البنون) وكذا لاتدخل الخنثى فى الصورتين (٢) لأنا لانعلم اه وهندية ط (قوله فالغلة للمساكين) ولا شىء للبنات أو البنين لعدم صدق كل منهما على مدلول الآخر برهان ط (قوله ويكون وقفا منقطعا) أى منقطع الأول (قوله فإن حدث ما ذكر) أى بأن ولدله بنون فى الأول أو بنات فى الثانى عاد الوقف إليه : أى إلى الحادث .

مطلب فى بيان طلوع الغلة الذى أنيط به الاستحقاق

(قوله ويدخل فى قسمة الغلة الخ) قال فى الفتح : ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عالقا فى بطن أمه ، حتى لو حدث ولو بعد خروج الغلة بأقل من ستة أشهر استحق ، ومن حدث إلى تمامها فصاعدا لا يستحق ، لأنا نتيقن بوجود الأول فى البطن عند خروج الغلة فاستحق ، فلو مات قبل القسمة كان لورثته وهذا فى ولد الزوجة أما لوجاءت أمته بولد لأقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لأنه متهم فى الإقرار على الغير أعنى باقى المستحقين ، بخلاف ولد الزوجة فإنه حين يولد ثابت النسب (قوله مذ طلوع الغلة) قال فى الفتح : وخروج الغلة التى هى المناط وقت انعقاد الزرع حبا ؛ وقال بعضهم : يوم يصير الزرع متقوما ذكره فى الخانية وهذا فى الحب خاصة ، وفى وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة ، وينبغى أن يعتبر وقت أمانه العاهة كما فى الحب لأنه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده ؛ وأما على طريقة بلادنا من إجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه بأجرة تستحق على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار إدراك القسط فهو كإدراك الغلة ، فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ، ومن لا فلا اه (قوله لدون سنتين) أى من وقت الإبانة والعتق وإن كان لأكثر من ستة أشهر من وقت وجود الغلة لحكم الشرع بوجود الحمل قبل الطلاق والعتق لحرمة الوطء فى العدة فيكون موجودا عند طلوع الغلة اه ح (قوله لثبوت نسبه بلا حل وطئها) هو معنى قولنا لحكم الشرع الخ

---

(١) (قوله يدخل أولاد أولاده الخ) ويكون فيه إرجاع الضمير لغير القريب : قال شيخنا : ورأيت بعض المفتين خص القاعدة بالضمير المفرد ، قال : وأما ضمير الجمع فيرجع للجميع ، واستدل بهذا الفرع على ذلك اه .

(٢) (قوله وكذا لاتدخل الخنثى فى الصورتين) أى صورة الوقف على البنات والتى قبلها: أى الوقف على البنين الشامل للذكر والأنثى ، هذا هو المراد بالصورتين كما صرح به ط . قال شيخنا : لا وجه لحرمانه فى صورة الوقف على البنين الشامل للذكر والأنثى لأنه لا يخرج عنهما ثم قال شيخنا : ينبغى أن يراد بالصورتين الصورة التى كتب عليها المحشى والتى بعدها: أى ما لو وقف على بنين وله بنات فقط أى فلا تدخل الخنثى فى هذه الصورة اه .

فلو يحل فلا لاحتمال علوقه بعد طلوع الغلة ، وتقسم بينهم بالسوية إن لم يرتب البطون ، وإن قال للذكر كأنثيين فكما قال ، فلو وصية فرض ذكر مع الإناث وأنثى مع الذكور ويرجع سهمه للورثة لعدم صحة الوصية للمعدوم فلابد من فرضه ليعلم مايرجع للورثة ، ولو قال على والدى ونسلى أبدا وكلما مات واحد منهم كان نصيبه لنسله فالغلة لجميع ولده ونسله حيهم وميتهم بالسوية ونصيب الميت لولده أيضا بالإرث عملا بالشرط ؛ ولو قال وكل من مات منهم من غير نسل كان نصيبه لمن فوقه ولم يكن فوقه أحد ، أو سكت عنه يكون راجعا لأصل الغلة لا للفقراء مادام نسله باقيا والنسل اسم للولد وولده أبدا

وهو تعليل لقوله إلا إذا ولدت : أى يدخل فى قسمة الغلة إذا ولدت مبانته الخ ، والمراد دخوله فى كل غلة خرجت فى هذه المدة لتحقق وجوده عندها (قوله فلو يحل) أى وطؤها بأن كانت أم ولد غير معتقة أو زوجة أو معتدة رجعى (قوله فلا) أى لايدخل إلا إذا ولدت لدون ستة أشهر من وقت الغلة ط (قوله وتقسم بينهم بالسوية) يغنى عنه قوله سابقا ويستوى الأقرب والأبعد الخ ط .

مطلب قال للذكر كأنثيين ولم يوجد إلا ذكور فقط أو إناث فقط

(قوله وإن قال للذكر كأنثيين الخ) فيه اختصار . وأصله مافى الإسعاف : ولو قال بطنا بعد بطن للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن جاءت الغلة والبطن الأعلى ذكور وإناث يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن ذكورا فقط أو إناثا فقط فبالسوية من غير أن يفرض ذكر مع الإناث أو أنثى مع الذكور ، بخلاف مالو أوصى بثلث ماله لولد زيد بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وكانوا ذكورا فقط أو إناثا فقط ، فإنه يفرض مع الذكور أنثى ومع الإناث ذكر ويقسم الثلث عليهم ، فما أصابهم أخذوه وما أصاب المضموم إليهم يرد إلى ورثة الموصى . والفرق أن مايبطل من الثلث يرجع ميراثا إلى ورثة الموصى ، ومايبطل من الوقف لايرجع ميراثا وإنما يكون للبطن الثانى وأنه لاحق له مادام أحد من البطن الأعلى باقيا ، فعلم أن مراده بقوله للذكر مثل حظ الأنثيين إنما هو على تقدير الاختلاط لا مطلقا ، وعلى هذا أمور الناس ومعانيهم اهـ (قوله فرض ذكر) كذا فى كثير من النسخ ، وفى بعضها ذكرا بالنصب فيكون فرض مبنيا للفاعل (قوله فالغلة لجميع ولده الخ) لأنه لم يرتب بين البطون ولم يفصل بين الذكور والإناث (قوله ونصيب الميت لولده أيضا) أى ماأصاب الميت يأخذه ولده منضما إلى نصيبه لأنه استحقه من وجهين إسعاف ، وكذا يقال لو رتب بين البطون وشرط انتقال نصيب الميت لولده كما بسطه فى الإسعاف (قوله بالإرث) الأولى حذفه والاقتصار على مابعده لأنه ليس إرثا حقيقة ولذا لو كان ولد الميت ذكرا وأنثى استحقه سوية ، نعم هو شبيه بالإرث من حيث انتقال نصيب الأصل إلى فرعه .

مطلب مهم فيما لو شرط عود نصيب من مات لا عن ولد لأعلى طبقة

(قوله ولو قال الخ) أى فى صورة الترتيب بين البطون طبقة بعد طبقة كما صوره الخصاف وتبعه فى الإسعاف وقوله أو سكت معطوف على قوله لو قال .

والحاصل أنه إذا رتب بين البطون لايعطى للبطن الثانى مالم ينقرض الأول إلا إذا شرط بعد ذلك أن من مات عن ولد فنصيبه لولده فيعطى لولده ، وإن كان من البطن الثانى فإن سكت عن بيان نصيبه لايعطى لولده بل يرجع لأصل الغلة فيقسم على جميع المستحقين ، وكذا إذا بين نصيب من مات عن غير ولد بأن شرط عوده لأعلى طبقة أو لمن فى درجته وطبقته أو لمن دونه اتبع شرطه ، فإن لم يوجد ماشرطه عاد نصيب ذلك الميت لأصل الغلة فيقسم

ولو أنثى ، والعقب للولد وولده من الذكور أي دون الإناث إلا أن يكون أزواجهن من ولد ولده الذكور وآله وجنسه وأهل بيته كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام ، وهو الذي أدرك الإسلام أسلم أولا وقرابته وأرحامه وأنسابه كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أبويه سوى أبويه وولده لصلبه فإنهم لا يسمون قرابة اتفاقا ، وكذا من علا منهم أو سفل عندهما خلافا لمحمد فعدهم منها ،

على الجميع لا على الفقراء لأنه شرط تقديم النسل عليهم فلاحق لهم مابقي أحد من نسله ، وكذلك لو سكت عن نصيب من مات فإنه يرجع إلى أصل الغلة :

قلت : وبهذا ظهر لك أنه لو شرط عود نصيب من مات عن غير ولد إلى من في درجته الأقرب فالأقرب منهم كما هو الغالب في الأوقاف ولم يوجد في الدرجة أحد يرجع نصيبه إلى أصل الغلة لا إلى أعلى طبقة كما أفتى به كثيرون منهم الرملي ولا إلى الأقرب من أي طبقة كانت كما أفتى به آخرون منهم الرملي أيضا ، لأنه إنما اشترط الدرجة واشترط الأقرب من أهل الدرجة ، فإذا لم يوجد في الدرجة أحد لم يوجد شرطه فتلغو الأقربية أيضا ، وحيث لم يوجد الشرط يرجع نصيبه إلى أصل الغلة ، إذ لا فرق بين قوله لأعلى طبقة ، وقوله لمن في درجته ، فمن أفتى بخلاف ذلك فقد خالف مانص عليه الخصاف وتبعه في الإسعاف ولم يستند أحد منهم إلى نقل يعارض ذلك ، فتعين الرجوع إلى المنصوص عليه كما أوضحت ذلك في تنقيح الحامدية بما لم أسبق إليه ، ثم بعد أيام من تحرير هذا المقام ورد علي السؤال من طرابلس الشام مضمونه أنه وجد في درجة المتوفى أولاد عم وفي الدرجة التي تحتها أولاد أخت وفيه فتاوى جماعة من أهل العصر تبعا لما في الخيرية بانتقال نصيب المتوفى إلى أولاد الأخت لأنهم أقرب نسبا وإن كانوا أنزل درجة ، وأفتيت بعوده لأولاد العم تبعا لما في الحامدية ، ولما نقله فيها عن البهنسي شارح الملتقى ، لأن الواقف إنما اشترط عود النصيب للأقرب من أهل درجة المتوفى لا إلى مطلق أقرب ، وأوضحت ذلك غاية الإيضاح في رسالة سميتها [غاية المطلب في شرط الواقف عود النصيب إلى أهل درجة المتوفى الأقرب فالأقرب] وبينت فيها ماوقع في جواب الرملي من الأوهام (قوله ولو أنثى) ذكر هلال روايتين في دخول أولاد البنات في النسل ، وكذا قاضيخان وصاحب المحيط ورجح كلا مرجحون كما يفيده كلام العلامة عبد البر اهـ ط (قوله والعقب للولد وولده من الذكور) أي أبدا ماتناسلوا ، فكل من يرجع بنسبه إلى الواقف بالآباء فهو من عقبه ، وكل من كان أبوه من غير الذكور من ولد الواقف فليس من عقبه إسعاف :

مطلب في النسل والعقب والآل والجنس وأهل البيت والقرابة والأرحام والأنساب

(قوله كل من يناسبه) أي بآبائه إسعاف وهو مفاعلة من النسب : أي من يداخله في نسبه بمحض الآباء إلى أقصى أب في الإسلام وهو الذي أدرك الإسلام أسلم أو لم يسلم ، فكل من يناسبه إلى هذا الأب من الرجال والنساء والصبيان فهو من أهل بيته كما في الإسعاف وكذا من آله وجنسه ، والمراد من كان موجودا منهم حال الوقف أو حدث بعد ذلك لأقل من ستة أشهر من مجيء الغلة كما في الفتح ، وقيل يشترط إسلام الأب الأعلى ، ففي العلوي أقصى أب له أدرك الإسلام هو أبو طالب ، فيدخل أولاده عقيل وجعفر وعلي ، أما على القول الآخر لا يدخل إلا أولاد علي لأنه أول أب أسلم كما في التتارخانية (قوله من قبل أبويه) أي من جهة أي واحد منهما (قوله خلافا لمحمد فعدهم منها) أي عد محمد من القرابة من علا من جهة أبويه ومن سفل من جهة ولده ، ويوهم هذا التعبير ضعفه مع أنه في الإسعاف قال : وهو ظاهر الرواية عنهما ، وروى عنهما أنهم لا يدخلون :

وإنْ قيده بفقرائهم يعتبر الفقر وقت وجودالغلة وهو المجوز لأخذ الزكاة ، فلو تأخر صرفها سنين لعارض فافتقر الغنى واستغنى الفقير شارك المفتقر وقت القسمة الفقير وقت وجود الغلة ، لأن الصلات إنما تملك حقيقة بالقبض وطرو الغنى والموت لايبطل مااستحقه ،

مطلب يعتبر فى لفظ القرابة المحرمية والأقرب فالأقرب

وقال ويدخل فيه المحارم وغيرهم من أولاد الإناث وإن بعدوا عندهما . وعند أبى حنيفة تعتبر المحرمية والأقرب فالأقرب للإستحقاق اه :

قلت : وقول الإمام هو الصحيح كما فى القهستانى وغيره ، وعليه المتون فى كتاب الوصايا ، ومحل الخلاف إذا لم يقل الأقرب فالأقرب ، لأنهم قالوا : لو قال على أقاربى أو أقربائى أو أرحامى أو أنسابى لايكون لأقل من اثنين عند أبى حنيفة ، وعندهما يطلق على الواحد أيضا . قال فى شرح درر البحار وشرح المجمع الملكى عن الحقائق إذا ذكر مع هذه الألفاظ الأقرب فالأقرب لايعتبر الجمع اتفاقا ، لأن الأقرب اسم فرد خرج تفسيرا للأول ، ويدخل فيه المحرم وغيره ، ولكن يقدم الأقرب لصريح شرطه اه ونحوه فى الذخيرة (قوله وإن قيده بفقرائهم) أما لو قال من افتقر منهم ، قال محمد تكون لمن كان غنيا منهم ثم افتقر ونفيا اشتراط تقدم الغنى ، ولو قال : من احتاج منهم فهى لكل من يكون محتاجا وقت وجود الغلة ، سواء كان غنيا ثم احتاج أو كان محتاجا من الأصل ومثله المسكين والفقير إسعاف (قوله وهو المجوز لأخذ الزكاة) أى الفقر هنا هو المجوز الخ لكن ذكر فى الإسعاف بعده أنه لو كان ولد غنى تجب نفقته عليه لا يدخل فى الوقف ، بل قدمنا فى الفروع عند قوله ، لو وقف على فقراء قرابته أنه لابد أن لا يكون له أحد تجب نفقته عليه ، لأنه بالإنفاق عليه يعد غنيا فى باب الوقف ، وذكر فى الإسعاف أن الأصل أن الصغير يعد غنيا بغنى أبويه وجديه فقط والرجل والمرأة بغنى فروعهما وزوجها فقط وهذا مذهب أصحابنا . قال الخصاف : والصواب عندى إعطاؤهم وإن كان تفرض نفقتهم على غيرهم ، ورده هلال وتمامه فيه (قوله فلو تأخر صرفها سنين الخ) لو وقف على أولاده فاستحقاق الغلة يعتبر يوم حدوث الغلة على قول عامة المشايخ لا يوم الوقف ، فالموجود منهم يوم الوقف والمولود بعده سواء إذا كان موجودا يوم حدوث الغلة ، وكذا لو وقف على فقراء قرابته ، فمن كان فقيرا يوم حدوث الغلة يعطى له ولو استغنى بعده أو كان غنيا قبله اه :

وفى التتارخانية : المستحق للغلة من كان فقيرا يوم تجيء الغلة عند هلال وبه نأخذ . وفى الخانية وعليه الفتوى ثم ذكر بعده أن الخصاف يعتبر يوم القسمة لايوم طلوع الغلة . وقال فى الفتح : وفى وقف الخصاف لو اجتمعت عدة سنين بلاقسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا أنظر إلى من كان فقيرا يوم الغلة ثم استغنى اه : وبهذا ظهر لك أن قوله شارك المفتقر وقت القسمة الخ لايتمشى على قول هلال ولا على قول الخصاف ، لأنه يقتضى أن من كان غنيا وقت الغلة ثم افتقر وقت القسمة يستحق مع من كان غنيا وقت القسمة فقيرا وقت الغلة ، واستحقاق الأول ظاهر على قول الخصاف والثانى على قول هلال ، فالظاهر أن الصواب أن يقال لايشارك بلا النافية فيكون كل من المسألتين على قول هلال المفتى به ، ويدل عليه قوله فلو تأخر الخ فإنه مفرع على قوله قبله يعتبر الفقر وقت وجود الغلة (قوله لأن الصلات الخ) بكسر الصاد جمع صلة ، وهو تعليل لما فهم من اختصاص الاستحقاق بمن كان فقيرا وقت وجود الغلة بناء على ماقلنا من أن الصواب لايشارك بلا النافية وهذا مؤيد له أيضا . وبيان التعليل حينئذ أن من كان فقيرا وقت الغلة فى هذه السنين يستحق غلة كل سنة ولا يصير

وأما من ولد منهم لدون نصف حول بعد مجيء الغلة فلا حظ له لعدم احتياجه فكان بمنزلة الغنى ، وقيل يستحق لأن الفقير من لاشيء له والحمل لا شيء له ، ولو قيده بصلحائهم أو بالأقرب فالأقرب

غنيا بما يستحقه لأنه صلة لا تملك إلا بالقبض ، فإذا جاء يوم القسمة وكان غنيا يأخذ مااستحقه فى السنين الماضية بصفة الفقر ، لأن طروّ الغنى لايبطل ذلك ؛ كما لو مات بعد طلوع الغلة فإن نصيبه منها لايبطل بالموت بل يصير ميراثا لورثته (قوله فلاحظ له) أى من هذه الغلة التى خرجت وهو حمل فى بطن أمه (قوله لعدم احتياجه) لأن الفقير هو المحتاج والحمل غير محتاج ، بخلاف الوقف على أولاده فإنه يدخل الحمل لتعلق الاستحقاق بالنسب وهنا بالفقر (قوله وقيل يستحق) هذا قول الخصاف ، والأول قول هلال .

مطلب تفسير فى الصالح

(قوله ولو قيده بصلحائهم) الصالح : من كان مستورا ولم يكن مهتوكا ، ولا صاحب ريبة ، وكان مستقيم الطريقة سليم الناحية كامن الأذى ، قليل الشر ، ليس بمعاقر للنبيذ ولا ينادم عليه الرجال ، ولا قذافا للمحصنات ، ولا معروفا بالكذب فهذا هو الصلاح عندنا ، ومثله أهل العفاف والخير والفضل ، ومن كان أمره على خلاف ماذكرنا فليس هو من أهل الصلاح ولا العفاف إسعاف :

مطلب المراد بالأقرب فالأقرب

(قوله أو بالأقرب فالأقرب) المراد بالأقرب أقرب الناس رحما لا الإرث والعصوبة كما فى الخيرية . وذكر فى أنفع الوسائل أن أبا يوسف لم يعتبر لفظ أقرب فى التقديم بل سوّى بينه وبين الأبعد ، ثم قال : وبالجملة إنه ضعيف لأنه يلزم منه إلغاء صيغة أفعل بلادليل وإلغاء مقصود الواقف من تقديم الأقرب اهـ فالمعتمد اعتبار الأقربية وهو المشهور ، وبه أفتى فى الخيرية ، لكن أفتى فى موضع آخر بخلافه حيث شارك جميع أهل الدرجة فى وقف اشترط فيه تقديم الأقرب من أهل الدرجة ، والظاهر أنه ذهول منه عن هذا الشرط وإلا فهو ضعيف كما علمت : وفى الإسعاف : لو قال على أقرب الناس منى أو إلىّ ثم على المساكين وله ولد وأبوان فهى للولد ولو أنثى لأنه أقرب إليه من أبويه ، ثم تكون للمساكين دون أبويه لأنه لم يقل للأقرب فالأقرب ولو له أبوان فهى بينهما نصفين ولو له أم وإخوة فللأم ، وكذا لو له أم وجدة لأب ، ولوله جد لأب وإخوة فللجد على قول من يجعله بمنزلة الأب وعلى القول الآخر للإخوة ، لأن من ارتكض معه فى رحم أوخرج معه من صلب أقرب إليه ممن بينه وبينه حائل ولوله أب وابن ابن فللأب لأنه أقرب من النافلة ، ولوله بنت بنت وابن ابن ابن فلبنت البنت لأن الوقف ليس من قبيل الإرث ، ولو قال على أقرب قرابة منى وله أبوان وولد لايدخل واحد منهم فى الوقف إذلايقال لهم قرابة ؛ ولو قال على أقاربى على أن يبدأ بأقربهم إلىّ نسبا أو رحما ثم من يليه وله أخوان أو أختان يبدأ بمن لأبويه ثم بمن لأب ؛ ولو كان أحدهما لأب والآخر لأم يبدأ بمن لأبيه عنده . وقالا هما سواء ، والخال أو الخالة لأبوين أولى من العم لأم أو لأب كعكسه ، والعم أو العمة لأبوين مقدم على الخال أو الخالة عند أبى حنيفة ، وعلى القول الآخر هما سواء ؛ ومن لأب منهما أولى ممن لأم عنده ، وعندهما سواء ؛ وحكم الفروع إذا اجتمعوا متفرقين كحكم الأصول . وعندهما قرابته من جهة أبيه أو من جهة أمه سواء ذكورا كانوا أو إناثا أو مختلطين ، ويقدم الأقرب فالأقرب منهم عملا بشرط الواقف اهـ ملخصا وتمامه فيه :

أو فالأحوج أو بمن جاوره منهم أو بمن سكن مصر تقيد الاستحقاق به عملا بشرطه، وتمامه فى الإسعاف: ومن أحوجه حوادث زمانه إلى ماخفى من مسائل الأوقاف فلينظر إلى كتاب [الإسعاف المخصوص بأحكام الأوقاف]، الملخص من كتاب هلال والخصاف] كذا فى البرهان شرح مواهب الرحمن للشيخ إبراهيم بن موسى بن أبى بكر الطرابلسى الحنفى نزيل القاهرة بعد دمشق المتوفى فى أوائل القرن العاشر سنة اثنين وعشرين وتسعمائة، وهو أيضا صاحب الإسعاف، والله أعلم:

(قول الأشباه) اختلاف الشاهدين مانع إلا فى إحدى وأربعين. قال فى زواهر الجواهر حاشيتها للشيخ صالح ابن المصنف: قد ذكر فى الشرح المحال عليه مسائل لايضر فيها اختلاف الشاهدين. وأنا أذكرها سردا فأقول:

[الأولى] شهد أحدهما أن عليه ألف درهم وشهد الآخر أنه أقر بألف درهم تقبل:

[تنبيه] قد علم مما ذكرناه أن لفظ الأقرب لايختص بالقرابة مالم يقيد بها بأن يقول الأقرب من قرابتى، أما لو قال على أقرب الناس منى يشمل القرابة وغيرها ولذا يدخل فيه الأبوان مع أنهما ليسا من القرابة، وعلى هذا فلو قال على أن من مات عن غير ولد عاد نصيبه إلى من فى درجته يقدم الأقرب فالأقرب فى ذلك ووجد فى درجته أولاد عم وفى الدرجة التى تحتها ابن أخت يصرف إلى أولاد عمه دون ابن أخته، خلافا لما أفتى به فى الخيرية حيث صرفه لابن الأخت لكونها أقرب وكون أولاد العم ليسوا رحما محرما، ولايخفى أنه خطأ لأن الأقرب لايخص الرحم المحرم لأنه أعم من القرابة كما علمت، وانظر ماقدمناه قبل ورقة عن الحقائق يظهر لك الحق (قوله أو فالأحوج) قال الحسن فى رجل أوصى بثلثه للأحوج فالأحوج من قرابته وكان فيهم من يملك مائة درهم مثلا، ومن يملك أقل منها يعطى ذو الأقل إلى أن يصير معه مائة درهم ثم يقسم الباقى بينهم جميعا بالسوية: قال الخصاف: والوقف عندى بمنزلة الوصية إسعاف (قوله أو بمن جاوره) لو قال على فقراء جيرانى فهى عنده للفقير الملاصقة داره لداره الساكن هو فيها لتخصيصه الجار بالملاصق فيما لو أوصى لجيرانه بثلث ماله والوقف مثلها وبه قال زفر، ويكون لجميع السكان فى الدور الملاصقة له الأحرار والعبيد والذكور والإناث والمسلمون وأهل الذمة سواء، وبعد الأبواب وقربها سواء، ولايعطى القيم بعضا دون بعض بل يقسمها على عدد رؤوسهم: وعندهما تكون للجيران الذين يجمعهم محلة واحدة، وتمام الكلام على ذلك فى الإسعاف (قوله ومن أحوجه حوادث زمانه) من هنا إلى كتاب البيوع ساقط من بعض النسخ، والظاهر سقوطه من نسخة الأصل خصوصا المسائل الآتية فإنها لاارتباط لها بكتاب الوقف: والظاهر أن الشارح لما انتهى إلى هنا بقى معه بياض ورق هو آخر الجزء فكتب فيه هذه المسائل لاعلى أنها من الكتاب فألحقها الناسخ به، ويدل على ذلك أن الشارح فى كتاب الدعوى ذكر عدة مسائل التى لايحلف فيها المنكر، ثم قال: ولولا خشية التطويل لسردتها، وذكر نحوه قبل كتاب الدعوى، وإلا كان الأولى أن يقول قدمتها فى محل كذا لكن قوله فى الآخرة فاغتنم هذا المقام فإنه من جواهر هذا الكتاب يقتضى أن مراده جعلها منه إلا أن تكون هذه العبارة من جملة مانقله عن زواهر الجواهر لامن كلامه، والله سبحانه أعلم (قوله قول الأشباه) أى صاحبها ط:

مطلب ذكر مسائل استطرادية خارجة عن كتاب الوقف

(قوله إلا فى إحدى وأربعين) عبارة الأشباه، وقد ذكرت فى الشرح أن المستثنى اثنان وأربعون مسألة وبينتها مفصلة، وكذا قال الشارح فى كتاب الشهادات إلا فى اثنين وأربعين وزاد ابن المصنف ثلاثة عشر أخر تركتها خشية التطويل (قوله فى الشرح المحال عليه) يعنى البحر (قوله وشهد الآخر أنه أقر بألف درهم تقبل)

[الثانية] ادعى كر حنطة جيدة شهد أحدهما بالجودة والآخر بالردية تقبل بالردية ويقضى بالأقل [الثالثة] ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية والآخر بخارية ، والمدعى يدعى نيسابورية وهى أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف [الرابعة] لو اختلفا فى الهبة والعطية [الخامسة] لو اختلفا فى لفظ النكاح والتزويج [السادسة] شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفها تقبل على الثلث [السابعة] ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما به والآخر أن المشترى أقر بذلك تقبل [الثامنة] شهد أحدهما أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل : [التاسعة] ادعى ألفا مطلقا فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض والآخر بألف وديعة تقبل [العاشرة] ادعى الإبراء فشهد أحدهما به والآخر أنه هبة أو تصدق عليه أو حلله جاز [الحادية عشر] ادعى الهبة فشهد أحدهما بالبراءة والآخر بالهبة أو أنه حلله جاز [الثانية عشر] ادعى الكفيل الهبة فشهد أحدهما بها والآخر بالإبراء جاز وثبت الإبراء

هو قول أبى يوسف ، ورجحه الصدر : وقالا : لا تقبل ، ومثلها كما فى خزانة الأكمل : إذا شهد أحدهما بالطلاق والآخر بإقراره به ، وزاد فى الولوالجية : مالو شهد أحدهما على قرض مائة درهم والآخر على الإقرار بذلك ط (قوله بالردية) الأنسب بالرداءة اهـ ح (قوله يقضى بالبخارية بلا خلاف) ومثله لو شهد أحدهما بألف بيض والآخر بألف سود والمدعى يدعى الأفضل تقبل على الأقل ، ووجهه فى المسائل الثلاث أنهما اتفقا على الكمية وانفرد أحدهما بزيادة وصف ، ولو كان المدعى يدعى الأقل لا تقبل إلا إن وفق بالإبراء ، وتمامه فى فتح القدير بحر (قوله الرابعة الخ) ذكر فى البحر أنه لا يشترط فى الموافقة لفظا أن يكون بعين ذلك ، بل إما بعينه أو مرادفه حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية يقبل اهـ . وحينئذ لا وجه للاستثناء ، لكن قال فى البحر بعد ذلك : وقد خرج عن ظاهر قول الإمام مسائل وإن أمكن رجوعها إليه فى الحقيقة ، وحينئذ فالاستثناء مبنى على ظاهر قول الإمام لا على ماهو التحقيق فى المقام حموى (قوله الخامسة الخ) فيها ماتقدم فى التى قبلها حموى (قوله تقبل على الثلث) وهكذا الحكم لو شهد أحدهما بالكل والآخر بالنصف فإنه يقضى بالنصف المتفق عليه حموى ، ومحله ما إذا كان المدعى يدعى الأكثر ولا فرق بين كون المدعى عليه يقر بالوقف وينكر الاستحقاق ، أو ينكرهما وأقيمت البينة بما ذكر ط (قوله السابعة ادعى الخ) لأن فى البيع يتحد الإنشاء ولفظ الإقرار جامع الفصولين . وفى البحر : لا خصوصية لبيع الوفاء ولا للبيع ، بل كل قول كذلك ، بخلاف الفعل والنكاح من الفعل (قوله أنها كانت له تقبل) لأن الأصل بقاء ما كان على ماعليه كان ط (قوله ادعى ألفا مطلقا) أى غيره مقيد بقرض ولا وديعة قال فى البحر : وإن ادعى أحد السببين لا تقبل لأنه أكذب شاهده ، كذا فى البزازية (قوله فشهد أحدهما على إقراره بألف قرض الخ) بخلاف ما إذا شهد أحدهما بألف قرض والآخر بألف وديعة فإنها لا تقبل بحر عن البزازية :

قلت : ولعل وجهه أن القرض فعل والإيداع فعل آخر ، بخلاف الشهادة على الإقرار بالقرض والإقرار بالوديعة فإن الإقرار بكل منهما قول وهو جنس واحد ، والمقر به وإن كان جنسين . لكن الوديعة مضمونة عند الإنكار ، والشهادة إنما قامت بعد الإنكار فكانت شهادة كل منهما قائمة على إقراره بما يوجب الضمان تأمل ، ثم رأيت فى البزازية علل بقوله لاتفاقهما على أنه وصل إليه منه الألف وقد جحد فصار ضامنا (قوله والآخر أنه هبة) الذى فى البحر أنه وهبه (قوله جاز) لأن هبة الدين من المديون والتصدق به عليه ، وتحليله منه إبراء له ط بخلاف ما إذا شهد أحدهما على الهبة والآخر على الصدقة لا تقبل بحر عن البزازية تأمل (قوله ادعى الهبة) أى أن الدائن وهبه الدين ، والوجه فيها ماذكر فى سابقتها ط (قوله وثبت الإبراء) لأنه أقلهما فلا يرجع الكفيل على

[الثالثة عشر] شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه العبد والآخر على إقراره بأنه أودع منه هذا العبد تقبل [الرابعة عشر] شهد أحدهما أنه غصبه منه والآخر أن فلانا أودع منه هذا العبد يقضى للمدعى [الخامسة عشر] شهد أحدهما أنها ولدت منه والآخر أنها حبلت منه تقبل [السادسة عشر] شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له وقال الآخر إنه سكن فيها تقبل [السابعة عشر] شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له والآخر أنه سكن فيها تقبل [الثامنة عشر] أنكر إذن عبده فشهد أحدهما على إذنه فى الثياب والآخر فى الطعام يقبل [التاسعة عشر] اختلف شاهد الإقرار بالمال فى كونه أقر بالعربية أو بالفارسية تقبل، بخلافه فى الطلاق [العشرون] شهد أحدهما أنه قال لعبده أنت حر والآخر أنه قال إزادى تقبل [الحادية والعشرون] قال لامرأته إن كلمت فلانا فأنت طالق فشهد أحدهما أنها كلمته غدوة والآخر عشية طلقت [الثانية والعشرون] إن طلقتك فعبدى حر فقال أحدهما طلقها اليوم والآخر أنها طلقها أمس يقع الطلاق والعتاق [الثالثة والعشرون] شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا البتة والآخر أنه طلقها اثنتين ألبتة يقضى بطلقتين ويملك الرجعة

الأصيل بزازية : أى لأن إبراء الطالب للكفيل لايوجب رجوع الكفيل على الأصيل ، بخلاف هبة الطالب الكفيل فافهم (قوله شهد أحدهما على إقراره أنه أخذ منه) صورتها : ادعى رجل عبدا فى يد رجل فأنكره المدعى عليه فبرهن المدعى بما ذكر فإنها تقبل ، ومثله يقال فى الصورة الآتية ط . ووجه القبول اتفاق الشاهدين على الإقرار بالأخذ ، لكن بحكم الوديعة أو الأخذ منفردا بزازية (قوله الخامسة عشر شهد أحدهما أنها ولدت منه الخ) الظاهر أن صورتها فيما لو علق طلاقها على الحبل فإن الولادة يلزمها الحبل ، فقد اتفق الشاهدان عليه ، ولا يصح تصويرها بالتعليق على الحبل (١) فإن الحبلى قد لاتلد لموتها أو موت الولد فى بطنها فافهم (قوله السادسة عشر شهد أحدهما أنه أقر أن الدار له) هذه الصورة ذكرت فى بعض النسخ مرتين السادسة عشر والسابعة عشر فالمناسب مافى بعض النسخ موافقا لما فى البحر : السادسة عشر شهد أحدهما أنها ولدت منه ذكرا والآخر أنثى تقبل ولكنها متحدة مع الخامسة عشر فى التصوير ، ولذا عطفها عليها فى البزازية بأو ، فالمناسب أن يذكر بدلها مافى البزازية عن الأقضية : شهد أحدهما أنه أقر أنه غصب من فلان كذا والآخر أنه أقر بأنه أخذه منه تقبل اهـ (قوله أنه أقر) أى أن المدعى عليه أقر أن الدار له : أى للمدعى (قوله والآخر أنه سكن فيها) أى أن المدعى سكن فيها فهى شهادة بثبوت يد المدعى عليها ، والأصل فى اليد الملك فقد وافقت الأولى تأمل (قوله والآخر فى الطعام يقبل) لأن الإذن فى نوع يعم الأنواع كلها لأنه لايتخصص بنوع كما ذكروه فى المأذون ط (قوله بخلافه فى الطلاق) قال فى الأشباه : والأصح القبول فيهما (قوله إزادى) كلمة فارسية بمعنى حر . قال ط : وفى نسخ زيادة لام بين الدال والياء (قوله طلقت) لأن الكلام يتكرر فيمكن أنها كلمته فى الوقتين (قوله والآخر أنه طلقها أمس) أى فى اليوم الذى قبل يوم الشهادة لاقبل يوم التعليق ، لأن المعلق عليه طلاق مستقبل (قوله يقضى بطلقتين ويملك الرجعة) لأنه لايحتاج إلى قوله البتة فى ثلاث بحر عن العيون لأبى الليث ، وبيانه أن الثلاث طلاق بائن ، فقوله البتة لغو ، فكأنه لم يذكره وانفرد بذكره الشاهد الثانى فصار الاختلاف بين الشاهدين فى مجرد العدد ، وقد اتفقا على الثنتين فيقضى بهما وتلغو الثالثة لانفراد أحدهما بها ، كما لغا لفظ البتة لذلك ، فلذا كان الطلاق رجعيا فافهم ، لكن الظاهر أن قبول الشهادة هنا مبنى على قول محمد ، لأنه فى البزازية عزاه إليه ؛

---

(١) (قوله ولا يصح تصويرها بالتعليق على الحبل) هو عين ما أثبته أولا بقوله الظاهر أن صورتها فيما لو علق طلاقها على الحبل فلعل الصواب فى الثانى إبدال الحبل بالولادة ، وليحرر اهـ مصححه .

[الرابعة والعشرون] شهد أحدهما أنه أعتق بالعربية والآخر بالفارسية تقبل [الخامسة والعشرون] اختلفا فى مقدار المهر يقضى بالأقل [السادسة والعشرون] شهد أحدهما أنه وكله بخصومة مع فلان فى دار سماه وشهد الآخر أنه وكله بخصومة فيه وفى شىء آخر تقبل فى دار اجتمعا عليه [السابعة والعشرون] شهد أحدهما أنه وقفه فى صحته والآخر بأنه وقفه فى مرضه قبلا [الثامنة والعشرون] لو شهد شاهد أنه أوصى إليه يوم الخميس وآخر يوم الجمعة جازت [التاسعة والعشرون] ادعى مالا فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال تقبل [الثلاثون] شهد أحدهما أنه باعه كذا إلى شهر وشهد الآخر بالبيع ولم يذكر الأجل تقبل

وعند أبى حنيفة لاتقبل أصلا ، لما فى البحر عن الكافي : شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده ؛ وعندهما تقبل على ألف إذا كان المدعى يدعى ألفين ، وعلى هـذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلاث ، ثم ذكر فى البحر بعد ورقة مستدركا على مافى البزازية أن مافى الكافى هو المذهب (قوله شهد أحدهما أنه أعتق بالعربية الخ) هذا لفظ الشاهد ، ولم يذكر أنه قال أنت حر ولم يذكر الآخر أنه قال أنت أزاد فلا تكون مكررة مع العشرين ط تأمل (قوله اختلفا فى مقدار المهر يقضى بالأقل) كذا فى البزازية . وفى جامع الفصولين شهد ببيع أو إجارة أوطلاق أوعتق على مال واختلفا فى قدرالبدل لاتقبل إلا فىالنكاح تقبل ويرجع فىالمهر إلى مهر المثل . وقالا لاتقبل فى النكاح أيضا اه بحر .

قلت : الظاهر أن هـذا فيما إذا أنكر الزوج النكاح من أصله وكذا البيع ونحوه ، وماذكره الشارح فيما إذا اتفقا على النكاح واختلفا فى قدر المهر ، ووجه عدم القبول فى البيع ونحوه أن العقد بألف مثلا غير العقد بألفين وكذا النكاح على قولهما ، وعلى قوله باستثناء النكاح أن المال فيه غير مقصود، ولذا صح بدون ذكره ، بخلاف البيع ونحوه ، وينبغى أن يكون ماذكره الشارح على الخلاف المار آنفا عن الكافى (قوله تقبل فى دار اجتمعا عليه) أى فيما اتفق عليه الشاهدان من الخصومة في دار كذا دون مازاده الآخر . قال فى جامع الفصولين : إذ الوكالة تقبل التخصيص ، وفيما اتفقا عليه تثبت الوكالة لافيما تفرد به أحدهما ، فلو ادعى وكالة معينة فشهد بها والآخر بوكالة عامة ينبغى أن تثبت المعينة اه (قوله قبلا) إذ شهدا بوقف بات لأن حكم المرض ينتقض فيما لايخرج من الثلث ، وبهذا لاتمتنع الشهادة بحر عن جامع الفصولين . قال فى الإسعاف ، ثم إن خرجت من ثلث ماله كانت كلها وقفا وإلا فبحسابه ، ولو قال أحدهما وقفها فى صحته وقال الآخر جعلها وقفا بعد وفاته لم تقبل وإن خرجت من الثلث ، لأن الثانى شهد بأنها وصية وهما مختلفان اه (قوله ادعى مالا فشهد أحدهما أن المحتال عليه أحال غريمه بهذا المال) سقط منه شىء يوجد فى بعض النسخ ، وهو وشهد الآخر أنه كفل عن غريمه بهذا المال تقبل ، وهذه المسألة نقلها فى البحر عن القنية لكن عبارة القنية فشهد أحدهما أن المحتال عليه احتال عن غريمه بهذا المال الخ .

قال ط : اعلم أن الغريم يطلق على الدائن وهو المراد بالأول وعلى المديون وهو المراد بالثانى . وصورته : ادعى زيد على عمرو مالا فأقام زيد شاهدين شهد أحدهما أن عمرا محال عليه يعنى أن دائنه أحال زيدا عليه بماله عليه من الدين وشهد الثانى أن عمرا كفل عن مديون زيد بهذا المال .

وحاصله أن المال على عمرو غير أن أحد الشاهدين شهد أن المال لزمه بطريق الإحالة عليه والآخر شهد أن المال لزمه بطريق الكفالة ، والله تعالى أعلم بالصواب ، وستأتى هـذه الصورة فى كلام الشيخ صالح إلا أنه قال يقضى بالكفالة لأنها الأقل اه لكن هذا التصوير لايوافق عبارة الشارح ، والموافق لها مالو كان لزيد على عمرو

[الحادية والثلاثون] شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار يقبل فيهما [الثانية والثلاثون] شهد واحد أنه وكله بالخصومة فى هذه الدار عند قاضى الكوفة وآخر عند قاضى البصرة جازت شهادتهما [الثالثة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بالقبض والآخر أنه جراه تقبل [الرابعة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبض والآخر أنه سلطه على قبضه تقبل [الخامسة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أوصى إليه بقبضه فى حياته تقبل [السادسة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بطلب دينه والآخر بتقاضيه تقبل [السابعة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر بطلبه تقبل [الثامنة والثلاثون] شهد أحدهما أنه وكله بقبضه والآخر أنه أمره بأخذه أو أرسله ليأخذه تقبل [التاسعة والثلاثون] اختلفا فى زمن إقراره فى الوقف تقبل [الأربعون] اختلفا فى مكان إقراره به تقبل [الحادية والأربعون] اختلفا فى وقفه فى صحته أو فى مرضه تقبل [الثانية والأربعون] شهد أحدهما بوقفه على زيد والآخر بوقفه على عمرو تقبل وتكون وقفا على الفقراء انتهى .

ألف مثلا فأحال عمرو زيدا بالألف على بكر ودفعها بكر ثم ادعى بها بكر على عمرو فشهد أحد الشاهدين بما ذكر وشهد الآخر أن بكرا كفل عمرا بإذنه وأنه دفع الألف لزيد وعلى هذا فغريمه فى كلام الشارح بالرفع فاعل أحال ، والمراد به عمرو المديون لأنه المحيل لزيد على بكر ، وهذا معنى قول القنية إن المحتال عليه احتال عن غريمه أى أن بكرا قبل الحوالة عن غريمه عمرو (قوله شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار) أى والآخر بلا شرط كما يوجد فى بعض النسخ (قوله يقبل فيهما) أى فى هذه المسألة والتى قبلها لكن فى التى قبلها صرح بقوله تقبل فلا حاجة إلى قوله فيهما ، والمراد أنه يثبت البيع وإن لم يثبت الأجل والشرط (قوله جازت شهادتهما) أى على أصل الوكالة بالخصومة (قوله والآخر أنه جراه) فى باب الألف المقصورة من الصحاح : الجرى الوكيل والرسول اهـ . وعلل القبول فى شرح أدب القاضى للخصاف بقوله لأن الجراية والوكالة سواء ، والجرى والوكيل سواء ، فقد اتفق الشاهدان فى المعنى واختلفا فى اللفظ وأنه لا يمنع (قوله والآخر أنه أوصى إليه بقبضه فى حياته تقبل) لأن الوصاية فى الحياة وكالة كما أن الوكالة بعد الموت وصاية كما صرحوا به(١) فالمراد بالوصاية هنا الوكالة حقيقة لتقييدها بقوله فى حياته فافهم (قوله التاسعة والثلاثون الخ) قال فى جامع الفصولين : لو اختلف الشاهدان في زمان أو مكان أو إنشاء وإقرار بأن شهد أحدهما على إنشاء والآخر على إقرار ، فإن كان هذا الاختلاف فى فعل حقيقة وحكما يعنى فى تصرف فعلى كجناية وغصب أو فى قول ملحق بالفعل كنكاح لتضمنه فعلا وهو إحضار الشهود يمنع قبول الشهادة ، وإن كان الاختلاف فى قول محض كبيع وطلاق وإقرار وإبراء وتحرير أو فى فعل ملحق بالقول وهو القرض لا يمنع القبول وإن كان القرض لا يتم إلا بالفعل وهو التسليم ، لأن ذلك محمول على قول المقرض أقرضتك فصار كطلاق وتحرير وبيع اهـ .

قلت : ووجهه أن القول إذا تكرر فمدلوله واحد فلم يختلف بخلاف الفعل ، وإطلاق الإقرار يفيد أن الوقف غير قيد (قوله الحادية والأربعون) مكررة مع السابعة والعشرين ح (قوله تكون وقفا على الفقراء) لاتفاق الشاهدين

---

(١) قال فى الوهبانية :

حوالة إبراء ضمان وصية وكالة القذف الرهان المحرر
طلاق شراء بيع القرض دين اختلاف المكان الوقت ليس يؤثر
وفى الغصب والقتل النكاح جناية إذا اختلفا فى واحد يتقرر اهـ منه

قلت : وزدت بفضل الله على ماذكره المصنف مسائل : منها لو اختلفا فى تاريخ الرهن ، بأن شهد أحدهما أنه رهن يوم الخميس والآخر أنه رهن يوم الجمعة تسمع عندهما خلافا لمحمد جواهر الفتاوى .

ومنها لو اتفق الشاهدان على الإقرار من واحد بمال واختلفا فقال أحدهما كنا جميعا فى مكان كذا ، وقال الآخر كنا فى مكان كذا تقبل :

ومنها لو قال أحدهما والمسألة بحالها كان ذلك بالغداة وقال الآخر كان ذلك بالعشى تقبل وهما فى الولوالجية :

ومنها شهدا على رجل أنه طلق امرأته وأحدهما يقول إنه عين منكوحته بنت فلان والآخر يقول ماعينها إنى أعلم وأشهد أن المرأة التى كانت له سوى ابنة فلان قد طلقها وأخرجها من داره قبل هذا التطليق . قال فخر الدين : إذا شهدا على الطلاق إلا أنه عين أحدهما المرأة وذكرها باسمها ولم يعين الآخر التى هى فى نكاحه وليس فى نكاحه غير امرأة واحدة تصح الشهادة وهى فى جواهر الفتاوى :

ومنها ادعى ملك داره فشهد له أحدهما أنها له أو قال ملكه وشهد الآخر أنها كانت ملكه تقبل منية المفتى :

ومنها ادعى ألفين أو ألفا وخمسمائة فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قضى له بالألف إجماعا منية :

ومنها لو شهد أن له على هذا الرجل ألف درهم وشهد أحدهما أنه قد قضاه المطلوب منها خمسمائة والطالب ينكر ذلك ، فإن شهادتهما على الألف مقبولة ولوالجية .

ومنها ادعى جارية فى يد رجل وجاء بشاهدين فشهد أحدهما أنها جاريته غصبها منه هذا وشهد الآخر أنها جاريته

على الوقف وهو صدقة (قوله قلت) من كلام الشيخ صالح وما قبله من الشرح المحال عليه وهو البحر (قوله منها لو اختلفا فى تاريخ الرهن) فى جامع الفصولين : الشهادة بعقد تمامه بالفعل كرهن وهبة وصدقة يبطلها الاختلاف فى زمان ومكان إلا عند محمد اه ، ونقل الخلاف هنا على العكس كما ترى ثم قال فى جامع الفصولين : ولو شهدا برهن واختلفا فى زمانه أو مكانه وهما يشهدان على معاينة القبض تقبل شراء وهبة وصدقة لأن القبض قد يكون غير مرة اه. فعلم أن الاختلاف فى الشهادة على مجرد العقد (قوله ومنها لو اتفق الشاهدان على الإقرار الخ) هذه من اختلاف الشهادة على الإقرار فى المكان والتى بعدها فى الزمان ، وهما مكررتان مع التاسعة والثلاثين والأربعين ، لأنهما وإن كانتا فى الإقرار بالوقف وهاتان فى الإقرار بالمال ، فإن كل إقرار كذلك كما مر فافهم (قوله أن المرأة التى كانت له الخ) بهذا تعين أن المطلقة الآن هى بنت فلان حيث لم يكن فى نكاحه غيرها أفاده ط (قوله قبل هذا التطليق) أى الذى وقع فيه التعيين من أحد الشاهدين ط (قوله ومنها ادعى ملك داره) الأولى دار بلا ضمير ، وهذه المسألة مكررة مع الثامنة (قوله ومنها ادعى ألفين الخ) فى بعض النسخ ألفا والصواب إسقاط كل منهما(١) والاقتصار على قوله ألفا وخمسمائة قال فى الكنز : فإن شهد أحدهما بالألف والآخر بألفين لم تقبل ، وإن شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ذلك . قبلت على ألف : قال فى البحر : لاتفاقهما على الألف لفظا ومعنى ، وقد انفرد أحدهما بخمسمائة بالعطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه بخلاف الألف والألفين ، لأن لفظ الألف غير لفظ الألفين ولم يثبت واحد منهما ، وتمامه فيه (قوله وشهد أحدهما الخ) أى زاد فى شهادته أنه قضاه منها خمسمائة

---

(١) (قوله والصواب إسقاط كل منهما الخ) حاصل القول هنا أن الإمام شرط لصحة الدعوى أن يدل لفظ كل من الشاهدين على ما شهد به الآخر دلالة مطابقية ، وأن يدل كلام المدعى على المشهود به ولو دلالة تضمنية واكتفى محمد بالضمنية فى كلا الدلالتين ، ولم يقل أحد باشتراط المطابقية فى دلالة كلام المدعى على المشهود به كما ظن العلامة المحشى ، فذكر ماذكر من التصويب بالنسبة لصورة دعوى الألفين التى شهد فيها أحد الشهود بألف والآخر بألف وخمسمائة فإنه يقضى بالألف إجماعا لوجود دلالة كلام كل من الشاهدين على ماشهد به الآخر بطريق المطابقة وتضمن المدعى المشهود به اه .

ولم يقل غصبها منه قبلت . مجمع الفتاوى :

ومنها شهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها تقبل عنده ، خلافا لهما جامع الفصولين :

ومنها شهد أحدهما بكفالة والآخر بحوالة تقبل في الـكفالة لأنها أقل جامع الفصولين :

ومنها شهد أحدهما أنه وكله بطلاقهاوحدها والآخر أنه وكله بطلاقها وطلاق فلانة الأخرى فهو وكيل فى طلاق التى اتفقا عليها وهى فيه أيضا :

ومنها شهدا بوكالة وزاد أحدهما أنه عزله تقبل فى الوكالة لا فى العزل وهى منه أيضا :

ومنها ادعت أرضاشهد أحدهما أنها ملكها عن الدستيمان وشهد الآخر أنها تملكها لأن زوجها أقر أنها ملكها تقبل ، لأن كل بائع مقر بالملك لمشتريه فكأنهما شهدا أنه ملكها، وقيل ترد لأنه لما شهد أحدهما أنه دفعها عوضا وشهد بالعقد وشهد الآخر بإقراره بالملك فاختلف المشهود به . أما لو شهد أحدهما أن زوجها دفعها عوضاوالآخر بإقراره أنه دفعها عوضا تقبل لاتفاقهما ، كما لو شهد أحدهما بالبيع والآخر بإقراره به ،وهى فى جامع الفصولين انتهى كلام الشيخ صالح ابن الشيخ محمد بن عبدالله الغزى :

لم تقبل هذه الزيادة مالم يشهد معه بها آخر ، ولايكون ذلك تكذيبا لشاهد القضاء لأنه لم يكذبه فيما شهد له بل فيما شهد عليه (قوله خلافا لهما) استظهر صدر الشريعة قولهما ، وهذا إذا لم يذكر المدعى لونها ذكره الزيلعى ط (قوله شهد أحدهما بكفالة) مكررة مع التاسعة والعشرين ط (قوله تقبل فى الحوالة(١) لأنها أقل) وهذان اللفظان جعلا كلفظة واحدة ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط أن لايبرأ كفالة جامع الفصولين :

قلت : ووجه كون الكفالة أقل أنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة فلا يثبت الدين فى ذمة الكفيل ، بخلاف الحوالة فانه يثبت فى ذمة المحال عليه وتثبت مطالبته أيضا فقد اتفق الشاهدان على ثبوت المطالبة واختلفا فى ثبوت الدين (قوله ومنها شهد أحدهما أنه وكله بطلاقها الخ) مكررة مع السادسة والعشرين ،لأن فى كل منهما تثبت الوكالة فيما اتفقا عليه لافيما اختلفا فيه لقبول الوكالة التخصيص كما قدمناه (قوله وهى فيه) أى فى هذه المسألة فى جامع الفصولين (قوله تقبل فى الوكالة لافى العزل) فهى نظير مالو شهدا بألف وزاد أحدهما أن المطلوب قضاه منها خمسمائة والطالب ينكر (قوله عوضا عن الدستيمان) بالدال والسين المهملتين وفى أكثر النسخ الاستيمان بالألف واللام قبل السين: والذى فى جامع الفصولين : هـ الأول وهو مايدفعه الزوج للمرأة لأجل الجهاز ، وتقدم بيانه فى باب المهر (قوله لأن كل بائع الخ) أى والزوج هنا باعها الدار بالدستيمان ط (قوله وشهد بالعقد) الأولى إسقاط الواو كما رأيته مصلحا فى نسخة جامع الفصولين ، فيكون جوابا لما ، وهو أولى من جعل جوابها قوله فاختلف لأن اقتران جوابها بالفاء قليل (قوله تقبل لاتفاقهما) أى لأن كلا منهما شهد على القول ، لأن قول أحدهما دفعها عوضا بمعنى باعها والآخر شهدعلى الإقرار بذلك والإقرار بالبيع يصلح لإنشائه وبالعكس . قال فى جامع الفصولين ادعى شراء وشهد أحدهما به والآخر أنه أقربه تقبل لأن لفظ الشراء يصلح للإقرار وللابتداء فقد اتفقا على أمر واحد، ثم قال : لو ادعى الغصب وشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به لاتقبل اه أى لأن أحدهما شهد بفعل والآخر بقول :

---

(١) (قوله تقبل فى الحوالة) كذا بخطه : والذى فى نسخ الشارح تقبل فى الـكفالة، ويؤيده قوله بعد ذلك قلت ووجه كون الـكفالة أقل الخ تأمل اه مصححه .

[فى الأشباه : السكوت كالنطق فى مسائل] عدمنها سبعة وثلاثين :

مطلب المواضع التى يكون فيها السكوت كالقول

(قوله عد منها سبعة وثلاثين) ١ سكوت البكر عند استئمار وليها قبل التزويج ٢ سكوتها عند قبض مهرها ٣ سكوتها إذا بلغت بكرا فلا خيار لها بعده ٤ حلفت أن لاتتزوج فزوّجها أبوها فسكتت حنثت ٥ سكوت المتصدق عليه قبول لا الموهوب له ٦ سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه إذن ٧ سكوت الوكيل قبول ، ويرتد برده ٨ سكوت المقرله قبول ويرتد برده ٩ سكوت المفوّض إليه القضاء أو الولاية قبول وله رده ١٠ سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده ، وقيل لا ١١ سكوت أحد المتبايعين فى بيع التلجئة حين قال صاحبه قد بدا لى أن أجعله بيعا صحيحا. والتلجئة أن يتواضعا على إظهار البيع عند الناس لكن بلا قصده ١٢ سكوت المالك القديم حين قسم ماله بين الغانمين رضا ١٣ سكوت المشـــترى بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشترى يسقط الخيار بخلاف سكوت البائع بالخيار ١٤ سكوت البائع الذى له حق حبس المبيع حين رأى المشترى قبض المبيع إذن بقبضه صحيحا كان البيع أو فاسدا ١٥ سكوت الشفيع حين علم بالبيع ١٦ سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشترى إذن فى التجارة : أى فيما بعد ذلك التصرف لافيه ١٧ لو حلف المولى لايأذن له فسكت حنث فى ظاهر الرواية ١٨ سكوت القنّ وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجناية إقرار برقه إن كان يعقل ، بخلاف سكوته عند إجارته أو عرضه للبيع أو تزويجه أى لأن الرهن محبوس بالدين ويستوفى منه عند الهلاك فصار كالبيع ١٩ لو حلف لاينزل فلانا فى داره وهو نازل فى داره فسكت حنث ، لالو قال اخرج منها فأبى الخروج فسكت أى لأن النزول مما يمتد فلدوامه حكم الابتداء ، بخلاف الخروج فإنه الانفصال من داخل إلى خارج ٢٠ سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنئته إقرار به فلا يملك نفيه ٢١ سكوت المولى عند ولادة أم ولده إقرار به أى بخلاف سكوته عند ولادة قنته ٢٢ السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا بالعيب إن كان المخبر عدلا لالو فاسقا عنده ، وعندهما رضا ولو فاسقا ٢٣ سكوت البكر عند إخبارها بتزويج الولى على هذا الخلاف ٢٤ سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقارا إقرار بأنه ليس له على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافا لمشايخ بخارى فلينظر المفتى أى لاختلاف التصحيح كما سيذكره الشارح ، لكن المتون على الأول فقد مشى عليه فى الكنز والملتقى آخر الكتاب فى مسائل شتى ، واحترز بالبيع عن نحو الإجارة والرهن ٢٥ رآه يبيع عرضا أو دارا فتصرف فيه المشترى زمانا وهو ساكت تسقط دعواه أى أن الأجنبى كالجار مثلا لايجعل سكوته مسقطا لدعواه بمجرد رؤية البيع ، بل لابد من سكوته أيضا عند رؤيته تصرف المشترى فيه زرعا وبناء ، بخلاف الزوجة والقريب ، فإن مجرد سكوته عند البيع يمنع دعواه ٢٦ أحد شريكى العنان قال للآخر إنى أشترى هذه الأمة لنفسى خاصة فسكت الشريك لاتكون لهما : أى بل للمشترى ، أما فى المفاوضة فلابد من النطق ٢٧ سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين أريد شراءه لنفسى فشراه كان له ٢٨ سكوت ولى الصبى العاقل إذا رآه يبيع ويشترى إذن ٢٩ سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال مافيه رضا لكن اعترض بما فى الأشباه أيضا : لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لايكون إذنا بإتلافه ٣٠ سكوت الحالف لايستخدم مملوكه إذا خدمه بلاأمره ولم ينهه حنث ٣١ دفعت فى تجهيزها لبنتها أشياء من أمتعة الأب وهوساكت ليس له الاسترداد ٣٢ أنفقت الأم فى جهازها ماهو معتاد فسكت الأب لم تضمن الأم ٣٣ باع جارية وعليها حلى ولم يشترط ذلك للمشترى لكن تسلمها وذهب بها والبائع ساكت كان بمنزلة التسليم فكان الحلى له ٣٤ القراءة على الشيخ وهو ساكت ينزل منزلة نطقه فى الأصح ٣٥ سكوت المدعى

قلت : وزاد فى تنوير البصائر مسألتين : [الأولى] مسألة السكوت فى الإجارة قبول ورضا، وكقوله لساكن داره أسكن بكذا وإلا فانتقل فسكت لزمه المسمى وذكره المؤلف فى الإجارة :

[الثانية] سكوت المودع قبول دلالة : قال المؤلف فى بحره : سكوته عند وضعه بين يديه فإنه قبول دلالة اهـ :

[وزاد عليها فى زواهر الجواهر مسائل] منها عند قوله الرابعة والعشرون سكوته عند بيع زوجته ، فقال : وكذا سكوتها عند بيع زوجها لما فى البزازية : الفتوى على عدم سماع الدعوى فى القريب والزوجة اهـ وصحح قاضيخان أنها تسمع فليتأمل عند الفتوى :

قلت : ويزاد ما فى متفرقات التنوير من سكوت الجار عند تصرف المشترى فيه زرعا وبناء وعزيناه للبزازى وهكذا ذكره فى تنوير البصائر معزيا إليها ، فالعجب من صاحب الجواهر الزواهر كيف ذكر صدر كلام البزازية وترك الآخر :

عليه ولا عذر به إنكار ، وقيل لا ويحبس : أى قيل لا يكون إنكارا ولا إقرارا فيحبس عند الثانى ، كما لو قال لا أقر ولا أنكر وبه أفتى صاحب البحر ٣٦ سكوت المزكى عند سؤاله عن الشاهد تعديل ٣٧ سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة اهـ ملخصا مع زيادات (قوله وزاد فى تنوير البصائر) أى حاشية الأشباه والنظائر للشرف الغزى (قوله كقوله لساكن داره) أى ساكنها بإعارة أو غصب مثلا (قوله وذكره المؤلف) أى مؤلف الأشباه (قوله قال المؤلف الخ) بيان لقوله سكوت المودع (قوله فإنه قبول دلالة) أى فيضمن بالتعدى (قوله عند قوله) أى قول صاحب الأشباه (قوله لما فى البزازية) أى فى آخر الفصل الخامس عشر من كتاب الدعوى : إذا باع عقارا وامرأته أو ولده حاضر ساكت إلى أن قال بعد حكايته اختلاف الفتوى ما نصه : وفى الفتاوى : يتأمل المفتى فى ذلك ، فإن رأى المدعى الساكت الحاضر ذا حيلة أفتى بعدم السماع ، لكن الغالب على أهل الزمان الفساد فلا يفتى إلا بما اختاره أئمة خوارزم اهـ (قوله فى القريب والزوجة) على تقدير مضاف : أى فى حضورهما كما يعلم مما نقلناه عن البزازية فافهم (قوله فليتأمل عند الفتوى) أى بسبب اختلاف التصحيح بأن ينظر فى المدعى هل هو ذو حيلة أو لا ، لكن قدمنا أن المتون على عدم السماع ؛ ووجهه ما نقلناه آنفا عن البزازية من غلبة الفساد .

قلت : لكن لا يلزم من غلبة الفساد أن لا يوجد من يعلم حاله بالصلاح وعدم التزوير تأمل (قوله من سكوت الجار عند تصرف المشترى) أى وعند البيع ، فسكوته عند البيع فقط لا يمنع دعواه ، بخلاف الزوجة والقريب كما قدمناه ، وليس لهذا مدة محدودة . وأما عدم سماع الدعوى بعد مضى خمس عشرة سنة إذا تركت بلا عذر فذاك فى غير هذه الصورة مع أنه منع سلطانى فيكون القاضى معزولا عن سماعها ، ولولا ذلك المنع تسمع ما لم يمض ثلاث وثلاثون سنة على ما نقله فى الفواكه البدرية عن المبسوط من عدم سماعها إذا تركت هذه المدة بلا عذر كما أوضحته فى تنقيح الحامدية ؛ ثم إن من لم تسمع دعواه لمانع لا تسمع دعوى وارثه بعده كما فى البزازية وغيرها (قوله وعزيناه للبزازى) أى عزى ما فى متفرقات التنوير (قوله فالعجب من صاحب الجواهر الزواهر الخ) أى الشيخ صالح ابن صاحب تنوير الأبصار :

والحاصل أنه فى البزازية ذكر أولا المسألة السابقة آنفا ، ثم ذكر هذه . ثم إن صاحب زواهر الجواهر أراد الاستدراك على الأشباه بزيادة صور أخرى فنقل عن البزازية المسألة الأولى وترك هذه مع أنها مذكورة فى البزازية فكأنه نظر إلى أول العبارة وترك آخرها :

قلت : لا عجب أصلا ، بل إنما ترك هذه لكونها مذكورة فى الأشباه فإنها المسألة الخامسة والعشرون ، والمقصود

ومنها لو تزوجت من غير كفء فسكت الولى حتى ولدت كان سكوته رضا زيلعى .

ومنها ما فى المحيط : رجل زوّج رجلا بغير أمره فهنأه القوم وقبل التهنئة فهو رضا ، لأن قبول التهنئة دليل الإجازة .

ومنها أن الوكالة تثبت بالصريح ، ولذا قال فى الظهيرية : لوقال ابن العم للكبيرة إنى أريد أن أزوجك من نفسى فسكتت فزوجها جاز ، ذكره المؤلف فى بحره من بحث الأولياء .

ومنها سكوت أهل العلم والصلاح فى التعديل كما فى شهادات البحر : قال : ويكتفى بالسكوت من أهل العلم والصلاح فيكون سكوته تزكية للشاهد ؛ لما فى الملتقط : وكان الليث بن مساور قاضيا فاحتاج إلى تعديل وكان المزكى مريضا فعاده القاضى وسأله عن الشاهد فسكت المعدل ثم سأله فسكت ، فقال أسألك ولا تجيبنى ؟ فقال المعدل : أما يكفيك من مثلى السكوت .

قلت : قد عد هذه فى الأشباه معزيا لشهادات شرحه فكيف تكون زائدة ، نعم زاد تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد .

ومنها لو أن العبد خرج لصلاة الجمعة فرآه مولاه فسكت حل له الخروج لها ، لأن السكوت بمنزلة الرضا كما فى جمعة البحر .

ومنها مافى القنية بعد أن رقم بعلامة (قع عت) ولو زفت إليه بلا جهاز فله أن يطالب بمابعث إليها من الدنانير وإن كان الجهاز قليلا فله المطالبة بمايليق بالمبعوث فى عرفهم (نج) يفتى بأنه إذا لم تجهز بمايليق فله استردادمابعث

الزيادة على الأشباه (قوله لو تزوجت من غير كفء الخ) هذه مبنية على ظاهر الرواية ، وأما على رواية الحسن المفتى بها فلا ينعقد النكاح .ط (قوله لأن قبول التهنئة دليل الإجازة) أى دليل على أن سكوته وقت التزويج كان رضا وإجازة ، وبهذا يظهر أنه لايلزم أن يكون قبول التهنئة بدون قول فافهم (قوله ومنها أن الوكالة تثبت بالصريح الخ) الأولى أن يقول تثبت بالسكوت كما تثبت بالصريح . وفى نسخة : كما تثبت بالصريح تثبت بالسكوت وهى أوضح ، والمراد بالوكالة التوكيل كما يفيده التمثيل ، وإلا فقد عد من جملة المسائل المزيد عليها وهو السابع منها سكوت الوكيل قبول ، والمراد به التوكل لاالتوكيل تأمل (قوله فكيف تكون الخ) اختلفت النسخ فى هـذه العبارة . فالذى فى أغلب النسخ : فكيف يكون أن فيه تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد ، وفى بعضها لكون باللام ونعدها بالنون بدل الفاء ، وعليه فقوله لكون علة لقوله نعدها ، والمعنى كيف نعدها من الزوائد لأجل كونه قيد المزكى بكونه من أهل العلم والصلاح .

وحاصله الاعتراض على صاحب زواهر الجواهر بأن قول الأشباه سكوت المزكى عند السؤال عن الشاهد تعديل مقيد بكونه من أهل العلم والصلاح فلا يكون بزيادة هـذا القيد ، زاد عليه مسألة أخرى . وفى بعض النسخ : فكيف تكون من الزوائد ، إلا أن يقال فيه تقييده بكونه من أهل العلم والصلاح فعدها من الزوائد اهـ وعليه فهو اعتذار لااعتراض (قوله بعلامة قع عت) الأول بالقاف والعين المهملة رمز للقاضى عبد الجبار ، والثانى بالعين المهملة والتاء رمز لعلاء الدين الترجمانى اهـ ح (قوله من الدنانير) أى التى يبعثها الزوج إلى أبى الزوجة بمقابلة الجهاز ، وهى المسماة فى عرفهم بالدستيمان كما قدمناه ، وقدمنا تحقيقه فى باب المهر واختلاف التصحيح والتوفيق بين ما إذا كان من جملة المسمى فى المهر أوكان المسمى غيره ، فى الثانى له المطالبة بالجهاز لافى الأول فافهم (قوله نج) بالنون والجيم كما رأيته فى نسخة مصححة من القنية ، وهو رمز لنجم الأئمة الحكيمى ،

والمعتبر مايتخذه للزوج لا مايتخذ لها ؛ ولو سكت بعد الزفاف زمانا يعرف بذلك رضاه لم يكن له أن يخاصم بعد ذلك وإن لم يتخذ له شيء .

ومنها إذا أبرأه فسكت صح ، ولا يحتاج إلى القبول هكذا ذكره البزهان فى الاختيارات فى كتاب الإقرار .

ومنها سكوت الراهن عند بيع المرتهن الرهن يكون مبطلا فى إحدى الروايتين ذكره الزيلعى وغيره ، وهى تعلم من الأشباه أول القاعدة ، الحمدلله العزيز الوهاب ، وهو أعلم بالصواب .

[قول الأشباه يحلف المنكر فى إحدى وثلاثين مسألة بيناها فى الشرح] قال الشيخ شرف الدين فى حاشيته عليها المسماة بتنوير البصائر على الأشباه والنظائر .

أقول : قال فى شرحه المحال عليه : ثم اعلم أن المصنف اقتصر على عدم الاستحلاف عنده على الأشياء التسعة . وفى الخانية أنه لايستحلف فى إحدى وثلاثين خصلة بعضها مختلف فيه وبعضها متفق عليه ، فذكر سردا اختصار التسعة .

وبعد هذا الرمز يفتى بأنه : ويوجد فى بعض نسخ الشارح فح بالفاء والحاء وبعده يعنى مضارع عنى وهو تحريف (قوله ولو سكت الخ) هو المقصود من ذكر هذه المسألة (قوله ومنها إذا أبرأه فسكت) أطلقه فشمل سائر الديون ، وقيده فى مداينات الأشباه نقلا عن البدائع بغير بدل الصرف والسلم ، ففيهما يتوقف على القبول : أى لأن الإبراء عنهما يوجب انفساخ عقدهما فلا ينفرد أحد المتعاقدين به لأنه يوجب فوات القبض المستحق . وزاد الحموى ثالثة ، وهى مالو أبرأ الطالب الأصيل فإنه يتوقف على قبوله أو موته قبل القبول لأنه قبول حكما (قوله وهى تعلم من الأشباه) حيث قال : ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن لايبطل الرهن ولا يكون رضا فى رواية اه قال الزيلعى : والمذهب ماروى الطحاوى عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن اه من حاشية الفتال .

قال ح : واعلم أن البائع فى عبارة الأشباه هو الراهن وفى عبارة الشارح هو المرتهن كما لايخفى ، لكن الحكم لايختلف لما يأتى أن الرهن لايبيعه أحدهما إلا برضا الآخر اه .

[تتمة] زاد بعضهم مالإذا استأجر أحد الوصيين أو أحد الورثة بحضرة الوصيين من يحمل الجنازة إلى المقبرة والآخر حاضر ساكت والسكوت على البدعة والمنكر فإنه رضا أى مع القدرة على الإزالة وإلا كفاه الإنكار بالقلب ومالو أوصى لرجل فسكت فى حياته فلما مات باع الوصى بعض التركة أو تقاضى دينه فهو قبول للوصاية كما عزاه الحموى إلى معين الحكام . وزاد البيرى : مالو غزلت امرأته قطنه أو نسجت غزله ليس له تضمينها قيمته محلوجا أو مغزولا ويعد سكوته رضا ، وكذا لو عجن العجين أو أضجع شاة فجاء إنسان وخبزه أو ذبحها يكون السكوت كالأمر دلالة (قوله قول الأشباه يحلف المنكر فى إحدى وثلاثين) صوابه لايحلف كما يوجد فى بعض النسخ ، وفى بعضها يحلف المنكر إلا فى إحدى وثلاثين (قوله بيناها فى الشرح) أى فى البحر .

مطلب فى المواضع التى لا يحلف فيها المنكر

(قوله على الأشياء التسعة) بتقديم المثناة على السين كالتى بعدها اه ح وهى ماسيأتى فى كتاب الدعوى من قوله ولاتحليف فى نكاح أنكره هو أو هى ورجعة جحدها هو أو هى بعد عدة وفيء إيلاء أنكره أحدهما بعد المدة واستيلاد تدعيه الأمة ورق نسب وولاء ، بأن ادعى على مجهول أنه قنه أو ابنه وبالعكس ، وحد ولعان .

والحاصل أن المفتى به التحليف فى الكل إلا فى الحدود اه ح وأفاد أن ماذكر من عدم التحليف فى هذه التسعة

وفى تزويج البنت صغيرة أوكبيرة . وعندهما يستحلف الأب فى الصغيرة .
وفى تزويج المولى أمته خلافا لهما .
وفى دعوى الدائن الإيصاء فأنكره لايحلف .
وفى دعوى الدين على الوصى وفى الدعوى على الوكيل فى المسألتين كالوصى .
وفيما إذاكان فى يد رجل شئ فادعاه رجلان كل اشترى منه فأقر به لأحدهما وأنكر للآخر لايحلفه ؛ وكذا لو أنكرهما فحلف لأحدهما فنكل وقضى عليه لم يحلف للآخر .
وفيما إذا ادعيا الهبة مع التسليم من ذى اليد فأقر لأحدهما لايحلف للآخر ، وكذا لو نكل لأحدهما لايحلف للآخر .
وفيما إذا ادعى كل منهما أنه رهنه وقبضه فأقر به لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل لايحلف للآخر .
وفيما إذا ادعى أحدهما الرهن والتسليم والآخر الشراء فأقر بالرهن وأنكر البيع لايحلف للمشترى (١) .
ولو ادعى أحد هذين الإجارة والآخر الشراء فأقر بها

على قول الإمام خلاف المفتى به (قوله وفى تزويج البنت) عطف على التسعة أى وذكر عدم الاستحلاف فى تزويج البنت اهـ ح أى إذا ادعى عليه أنه زوّجه ابنته صغيرة أوكبيرة ، وهى مسألة واحدة وإلا زادت على العدد المذكور ط (قوله وعندهما يستحلف الأب فى الصغيرة) يوجد فى بعض النسخ لايستحلف ، والذى فى البحر بدون لاوهى الصواب (قوله وفى دعوى الدائن الإيصاء) أى دعواه على رجل أنك وصى الميت فادفع لى دينى من تركته (قوله وفى دعوى الدين على الوصى) أى دعواه على الوصى الثابتة وصايته بأن لى على الميت كذا ولابينة للمدعى فلا يحلف الوصى إذا أنكر الدين (قوله فى المسألتين كالوصى) أى إذا ادعى الدائن على الوكيل بالوكالة فأنكرها أوادعى عليه الدين وهو ثابت الوكالة فأنكره ، ففى المسألتين لايحلف كالوصى فيهما (قوله كل اشترى منه) أى ادعى كل منهما أنه اشترى منه ذلك الشىء ، وعبارة البحر الشراء بالملد (قوله لايحلفه) لأنه لما أقربه لأحدهما صار له فإذا نكل عن اليمين لايصير للآخر فلا يحلف لعدم الفائدة (قوله لو أنكرهما) أى أنكر دعواهما (قوله فحلف لأحدهما) بتشديد اللام مبنيا للمجهول : أى طلب القاضى تحليفه لأحدهما (قوله لم يحلف للآخر) لأن نكوله بمنزلة إقراره به للأول (قوله وفيما إذا ادعى كل منهما أنه رهنه وقبضه) أى ادعى كل منهما أن ذا اليد رهن عندى هذا الشىء وقبضته منه (قوله فأقر بالرهن وأنكر البيع الخ) أما لو أقر بالبيع وأنكر الرهن ، فالظاهر أنه لايحلف بالأولى ، لأنه لما أقر بالبيع صار ملك المشترى فلا يملك الإقرار بعده بالرهن ، لأنه إقرار على الغير . وفائدة التحليف النكول الذى هو بمنزلة الإقرار (قوله لايحلف للمشترى) لعل وجهه أنه لو طلب تحليفه فنكل حتى صار لكوله إقرارا بالبيع لايكون له فائدة ، لأن المرتهن يمكنه فسخ البيع (٢) وكذا يقال فى المسألة بعده ، ولكن هذا بناء على القول بأن للمرتهن والمستأجر فسخ البيع ولكن المعتمد خلافه ، وإنما لهما حبس الرهن والمأجور تأمل (قوله فأقرّ بها) أى بالإجارة . وفى بعض فأقر بهما : أى بالرهن فى الصورة

---

(١) (قوله الشارح لا يحلف للمشترى) أى لعدم الفائدة لأن المقصود من الإملاك إنما هو الانتفاع بها ، وهو غير ممكن لاستحقاق المرتهن الحبس بالإقرار السابق وإقرار المدعى عليه بالشراء لا يسرى على المرتهن ، وكذا المستأجر ، بل إقراره يقتصر على ما يملكه الآن وهو العين ، والمراد بإقرار المدعى عليه نكوله إذ النكول إقرار اهـ .

(٢) (قوله لأن المرتهن يمكنه فسخ البيع) فيه نظر ، إذ بمجرد ملك المرتهن أو المستأجر الفسخ لاتنتفى الفائدة ، إذ يحتمل أنهما لا يفسخان فتوجد الفائدة ، ويكفى للتحليف احتمال الفائدة فينبغى الرجوع إلى ما كتبناه على قول الشارح لا يحلف للمشترى اهـ .

وأنكره لايحلف لمدعيه ويقال لمدعيه إن شئت فانتظر انقضاء المدة أوفك الرهن ، وإن شئت فافسخ :

وفيما إذا ادعى أحدهما الصدقة والقبض والآخر الشراء فأقر لأحدهما لايحلف :

وفيما إذا ادعى كل منهما الإجارة فأقر لأحدهما أو نكل لايحلف ، بخلاف ما إذا ادعى كل منهما على ذى اليد الغصب منه فأقر لأحدهما أو حلف لأحدهما فنكل يحلف للثانى ؛ كما لو ادعى كل منهما الإيداع فأقر لأحدهما يحلف للثانى ، وكذا الإعارة ويحلف ماله عليك كذا ولا قيمته وهى كذا وكذا .

وفيما إذا ادعى البائع رضا الموكل بالعيب لم يحلف وكيله :

وفيما إذا أنكر توكيله له بالنكاح .

وفيما إذا اختلف الصانع والمستصنع فى المأمور به لا يمين على واحد منهما ، وكذا لو ادعى الصانع على رجل أنه استصنعه فى كذا فأنكر لايحلف :

الحادية والثلاثون - لو ادعى أنه وكيل عن الغائب بقبض دينه وبالخصومة فأنكر لايستحلف المديون على قوله خلافا لهما ، هكذا ذكر بعضهم : وقال الحلوانى : يستحلف فى قولهم جميعا اهـ : وبه علم أن ما فى الخلاصة تساهل وقصور حيث قال : كل موضع لو أقر لزمه إذا أنكره يستحلف إلا فى ثلاث :

الأولى وبالإجارة فى هذه ، والأولى أولى (قوله وأنكره) أى أنكر البيع (قوله ويقال لمدعيه الخ) أى مدعى الشراء فى الصورتين ، وهذا إذا أثبت الشراء ، وإلا فما فائدة هذا القول ، لكن فيه أن الكلام فيما إذا أنكر وليس للمدعى بينة لا إن طلب التحليف عند العجز عن البينة : إلا أن يقال وجد بينة بعد (قوله أوفك الرهن) معطوف على انقضاء ، وفيه لف ونشر مشوش (قوله فأقر لأحدهما لايحلف) لأن كلا منهما يدعى الملك ، فإذا أقر به لأحدهما ثبت ، ولايصدق بعده بنكوله ، فلا فائده فى التحليف (قوله أونكل) لأنه بمنزلة الإقرار (قوله الغصب منه) أى من المدعى (قوله يحلف للثانى) لأنه لو أقر للثانى بالغصب يؤاخذ به لأنه إقرار على نفسه فيحلف رجاء نكوله ، لكن يلزمه للثانى ضمان المغصوب بالمثل أوالقيمة لارد عين ما فى يده ، لأنه صار للأول فلا يملك إخراجه عنه ، وكذا يقال فيما بعده (قوله كما لو ادعى الخ) لأنه بإنكار الوديعة أو العارية صار غاصبا (قوله ويحلف ماله عليك كذا ولاقيمته) أى يحلف فى مسألة الغصب ومابعدها ، لما علمت من أنه بالإنكار يصير غاصبا (قوله ولاقيمته وهى كذا وكذا) الظاهر أن المراد التحليف على مقدار القيمة إذا ادعى أنها أقل ، لأنه لما أقر به للأول وثبت له لايمكنه تسليمه للثانى لو أقر له به أيضا بالنكول فيكون الواجب القيمة وإن لم يقل و [illegible] قيمته فتأمل (قوله وفيما إذا ادعى البائع رضا الموكل الخ) أى لو باع لوكيل رجل بالشراء ثم أراد الوكيل رده عليه بعيب فادعى البائع على الوكيل أن الموكل رضى بالعيب لم يحلف الوكيل وهو المشترى : ويحتمل أن يراد ما إذا أراد الموكل رده بعيب فادعى البائع على الموكل أنك رضيت بالعيب ، وكان ينبغى أن يعدها صورة أخرى مع أنه فى الخلاصة جعلهما صورتين كما يأتى (قوله وفيما إذا أنكر توكيله له بالنكاح) أى لو زوجه رجل فأنكر توكيله لأنه فى الحقيقة إنكار للنكاح وقد مر (قوله لايمين على واحد منهما) لأنه لو عمل ما اتفقا عليه فللمتصنع أخذه وتركه كما هو مذكور آخر السلم ، فمن باب أولى إذا اختلفا ط (قوله لايستحلف المديون) لأنه لو نكل يلزمه الدفع وهو ضرر به ، إذ قد يصدق الموكل الوكيل عند حضوره فيضيع عليه مادفعه إن هلك عند الوكيل من غير تعدّ كما يعلم من باب الوكالة بالخصومة ط (قوله انتهى) أى ما فى الخانية (قوله وبه علم الخ) من كلام الشرح المحال عليه وهو البحر (قوله تساهل وقصور) لاقتصاره على استثناء ثلاث ط وهذه الثلاث تقدمت

منها الوكيل بالشراء إذا وجد بالمشترى عيبا فأراد أن يرده بالعيب وأراد البائع أن يحلفه بالله مايعلم أن الموكل رضى بالعيب لايحلف ، فإذا أقر الوكيل لزمه ذلك ويبطل حق الرد .

الثانية لو ادعى على الآمر رضاه لايحلف ، وإن أقر لزمه .

الثالثة الوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن الموكل أبرأه عن الدين وطلب يمين الوكيل على العلم لايحلف ، وإن أقر لزمه انتهى .

وزدت على الواحد والثلاثين السابقة : البائع إذا أنكر قيام العيب للحال لايحلف عند الإمام ، ولو أقر به لزمه كمامر فى خيار العيب . والشاهد إذا أنكر رجوعه لايستحلف ، ولو أقر به ضمن ماتلف بها ، والسارق إذا أنكرها لايستحلف للقطع ، ولو أقربها قطع وكذا قال الإسبيجابى ؛ ولايستحلف الأب فى مال الصبى ولا الوصى فى مال اليتيم ولا المتولى للمسجد والأوقاف إلا إذا ادعى عليهم العقد فيحلفون حينئذ انتهى .

قلت : وزدت على ماذكره مسائل :

الأولى : لو ادعى على رجل شيئا وأراد استحلافه فقال المدعى عليه هو لابنى الصغير فلا يحلف . وفى فتاوى الفضلى : عليه اليمين فى قولهم جميعا ، فإذا استحلف فنكل

الأولى منها فقط فى المسائل المارة (قوله فإذا أقر الوكيل) أى برضا الموكل ط (قوله الثانية لو ادعى على الآمر رضاه) أى رضا الآمر فافهم . وصورتها اشترى الوكيل شيئا فظهر به عيب فأراد الآمر أى الموكل رده بالعيب فادعى البائع على الآمر أنك رضيت بالعيب لايحلف الآمر أى لأن الرد به يثبت للوكيل مادام حيا ولوصيه من بعده لاللموكل كما أوضحه فى شرح الوهبانية ، وتمام الكلام على هذه الصورة فيه فراجعه (قوله وإن أقر لزمه) أى لزم الوكيل إقراره : أى مقتضى إقراره وهو ترك المخاصمة معه ، وليس المراد أنه يلزم الموكل ما أقر به وكيله أفاده ط ومثله فى نور العين (قوله وزدت على الواحد والثلاثين السابقة) هذا من كلام البحر وهو عجيب ، فإن مانقله عن الخلاصة من المسائل الثلاث فيه مسألتان وهما الثانية والثالثة لم يذكرهما فى المسائل السابقة فتصير المسائل ثلاثة وثلاثين (قوله البائع إذا أنكر قيام العيب للحال) أى لو ادعى المشترى إباق العبد مثلا لم يحلف بائعه على أنه لم يأبق عند المشترى حتى يبرهن المشترى لتتوجه الخصومة على البائع ، فإن برهن يحلف البائع بالله ماأبق عندك (قوله ولو أقربه) أى بقيام العيب للحال أى بأنه أبق عند المشترى لزمه إقراره أى حكم إقراره ، وهو أنه صار خصما حتى يحلف على أنه ماأبق عندك أيضا ، وليس المراد أنه بمجرد إقراره بإباقه عند المشترى يلزمه لأنه لابد من وجوده عند البائع أيضا حتى يثبت الرد (قوله كما مر فى خيار العيب) أى مر فى البحر فإنه ذكر هذه المسائل فى كتاب الدعوى لاهنا (قوله ضمن ماتلف بها) أى بشهادته (قوله والسارق إذا أنكرها) أى أنكر السرقة (قوله لايستحلف للقطع) قيد به لأنه يستحلف لأجل إثبات المال كما مر عن عصام حين سأله أمير بلخ عن سارق ينكر فقال عصام عليه اليمين (قوله وكذا قال الإسبيجانى) عبارة البحر : وذكر الإسبيجابى (قوله ولايستحلف الأب إلى الخ) أى لو جنى الصبى جناية فأنكر أبوه أو وصيه ، أوادعى أحد جدار المسجد أوالدار الموقوفة ، وأنه أنفق على الوقف شيئا بإذن المتولى السابق (قوله إلا إذا ادعى عليهم العقد) بأن ادعى على أحدهم أنه آجر كذا من مال الوقف أو الصبى مثلا وأنكر فإنه يحلف لمن ادعى الاستيجار ط (قوله انتهى) أى مافى الشرح المحال عليه ط (قوله قلت) من كلام الشرف الغزى ط (قوله وفى فتاوى الفضلى الخ) الذى يظهر خلافه ، ولذا قدمه الشارح وجزم به غير واحد فى باب الإقرار اه سائحانى .

والمدعى أرض يقضى بالأرض للمدعى ثم ينتظر بلوغ الصبى، إن صدق المدعى كان كما قال ، وإن كذبه ضمن الولد قيمة الأرض، وتؤخذ الأرض من المدعى وتدفع للصبى ، وهذا بمنزلة مالو أقر لغائب لم يظهر جحوده ولا تصديقه لاتسقط عنه اليمين فكذلك هنا .

قلت : وعلى الأول رجوع هذه إلى قول المصنف :ولا يستحلف الأب فى مال الصبى ،لأنه لما أقر بها للصبى ظهر أنها من ماله وفيه تأمل .

الثانية — لو اشترى دارا فحضر الشفيع فأنكر المشترى الشراء . قال فى النوازل : ولو أن رجلا اشترى دارا فحضر الشفيع فأنكر المشترى الشراء أو أقرأن الدار لابنه الصغير ولا بينة فلايمين على المشترى ،لأنه قدلزمه الإقرار لابنه فلا يجوز الإقرار لغيره بعد ذلك .

الثالثة — لوكان فى يدرجل غلام أو جارية أو ثوب ادعاه رجلان فقدماه إلىالقاضى فأقر به لأحدهما ثم أراد الآخر تحليفه ، فإن ادعى ملكا مرسلا أو شراء من جهته لم يكن له أن يحلفه ، فإن ادعى عليه الغصب فله تحليفه ، لأنه لو أقر بالغصب يجب عليه الضمان ،كذا فى النوازل .

الرابعة — لو اشترى الأب لابنه الصغير دارا ثم اختلف مع الشفيع فى مقدار الثمن فالقول للأب بلايمين كما فى كثير من كتب المذهب .

قلت : وفي الأشباه من فن الحيل : إذا ادعى عليه شيئا باطلا فالحيلة لمنع اليمين أن يقر به لابنه أو لأجنبى ، وفى الثانى خلاف اهـ ومقتضاه أنه لاخلاف فى الأول ، وهو مباين لقول الفضلى عليه اليمين فى قولهم جميعا . وذكر فى جامع الفصولين أن بعض المشايخ سووا بين الصغير والأجنبى دفعا للحيل ، وبعضهم فرقوا بينهما بأن إقراره للغائب يتوقف عمله على تصديقه ، فلا يملك العين بمجرد الإقرار فلا تسقط اليمين، بخلاف إقراره للصغير (قوله والمدعى أرض) جملة حالية ، والظاهر أنه غير قيد . وفى بعض النسخ أرضا . وفى بعضها : والمدعى عليه أرض وكلاهما تحريف (قوله ضمن الولد قيمة الأرض) أى للمدعى اهـ ح (قوله وهذا بمنزلة مالو أقر لغائب لم يظهر جحوده ولا تصديقه) جملة لم يظهر الخ صفة لغائب ، ويوجد فى بعض النسخ بعد قوله لغائب مانصه : أى رجل ادعى على آخر أن مافى يده ملكى فقال المدعى عليه هولفلان الغائب مثلا لم يظهر جحوده ولا تصديقه ، والظاهر أنها هامش ألحقت بالأصل فى غير محلها (قوله لاتسقط عنه اليمين) أى فيحلف للمدعى ، فإن نكل قضى به عليه وينتظر قدوم الغائب فإن صدق المدعى فيها وإلا دفع له وضمن قيمته للمدعى ط (قوله قلت) من كلام الشرف الغزى (قوله وعلى الأول) أىالقول بعد التحليف (قوله إلى قول المصنف) أى صاحب الأشباه وهو مامر آنفا عن الإسبيجابى (قوله وفيه تأمل) لعل وجهه أن قول المصنف فيما تحقق أنه مال الصبى وهنا لم يعرف أنه ماله إلا بإقرار الأب ، ويمكن أنه أقر تحيلا لدفع الدعوى عنه ط (قوله فأنكر المشترى الشراء) يعنى وأقر أنها لابنه كما ذكره عن النوازل ، وإلا فمجرد إنكار الشراء لايدفع عنه التحليف بل يحلف ، فإن نكل قضى بها عليه كما ذكروه فى كتاب الشفعة (قوله أو أقر أن الدار) الصواب العطف بالواو لابأو ولما علمت . وفى جامع الفصولين : ادعى شفعة بجوار فقال خصمه هذه الدار لابنى هذا الطفل صح إقراره لابنه ، إذ الدار فى يده واليد دليل الملك فكان مقرا على نفسه فصح ، وليس للشفيع تحليفه باللهما أنا شفيعها لأن إقرار الأب بالشفعة على ابنه لم يجز فلايفيد التحليف ، وهذا من جملة الحيل فى الخصومات ؛ ولو برهن الشفيع على الشراء كان الأب خصما لقيامه مقام الابن (قوله الثالثة) مكررة مع قول البحر . وفيما إذاكان فى يد رجل شيء فادعاه رجلان كل الشراء منه ، نعم فى هذه زيادة الدعوى فى الملك المرسل كما فى الزواهر اهـ ح (قوله فالقول للأب بلا يمين) لأن الثمن مال الصبى ولايستحلف

الخامسة — لو ادعى السارق أنه استهلك المسروق ورب المسروق أنه قائم عنده فالقول للسارق ولا يمين عليه. قال أبو الليث فى النوازل : وسئل أبو القاسم عن السارق إذا استهلك المسروق بعد ماقطعت يده هل يضمن ، قال لا :

ويستوى حكمه فيما استهلكه قبل القطع وبعد القطع ، قيل له : فإن قال السارق قد هلك وقال صاحب المال لم تستهلكه وهو قائم عندك هل يحلف ؟ قال يجب أن يكون القول قول السارق ولا يمين عليه :

السادسة — إذا وهب رجل شيئا وأراد الرجوع فادعى الموهوب له هلاك الموهوب فالقول قوله ولا يمين عليه كما فى الخانية وغيرها :

السابعة — ادعى عليه أنك وصى فلان الميت فأنكر لايحلف :

الثامنة — ادعى عليه أنك وكيل فلان فأنكر أنه وكيل فلان لايحلف وهما فى البزازية .

التاسعة — قال الواهب اشترطت العوض وقال الموهوب له لم تشترطه فالقول له بلا يمين :

العاشرة — اشترى العبد شيئا فقال البائع أنت محجور وقال العبد أنا مأذون فالقول له بدون اليمين :

الحادية عشر — إذا اشترى عبد من عبد فقال أحدهما أنا محجور وقال الآخر أنا وأنت مأذون لنا فالقول له بلا يمين :

الثانية عشر — باع القاضى مال اليتيم فرده المشترى عليه بعيب فقال القاضى أبرأتنى منه فالقول قوله بلا يمين وكذا لو ادعى رجل قبله إجارة أرض اليتيم وأراد تحليفه لم يحلفه ، لأن قوله على وجه الحكم ؛ وكذا فى كل شىء يدعى عليه :

الثالثة عشر — لوطالب أبو الزوجة زوجها بالمهر فله ذلك لو صغيرة أو كبيرة بكرا ولو اختلف الأب والزوج فى بكارتها ولا بينة للزوج والتمس من القاضى تحليفه على العلم بذلك : عن أبى يوسف أنه يحلف . وذكر الخصاف أنه لايحلف كالوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن صاحب الدين أبرأه وأنكر الوكيل لايحلف الوكيل وكذلك هنا كذا فى الظهيرية :

فى مال الصبى كما مر (قوله فالقول للسارق ولا يمين عليه) الظاهر أن عدم اليمين إذا كانت الدعوى بعد القطع ، أما لو كانت قبله فعليه اليمين ، لأنه لايسقط تقوّم المسروق إلا بالقطع فيكون قبله مضمونا عليه وإن سقط الضمان بالقطع بعد تأمل (قوله ويستوى حكمه) وهو عدم الضمان (قوله فيما استهلكه قبل القطع) يعنى ثم قطع بعد الاستهلاك ، أما لو استهلكه ولم يقطع بعد بقى مضمونا عليه لعدم مايسقط تقومه (قوله فإن قال السارق قد هلك الخ) هذا محل الاستدلال على المسألة وعبر بالهلاك مع أن الكلام فى الاستهلاك لأنه لافرق بينهما ولأنه لازم الاستهلاك (قوله ولا يمين عليه) لأنه ينكر الرد كما ذكره فى كتاب الهبة ط (قوله السابعة) تقدمت هى والثامنة فى جملة الإحدى والثلاثين المارة أفاده ح (قوله فالقول له بلا يمين) لأن الأصل فى الهبة أن تكون بلا عوض ط (قوله فالقول له بدون اليمين) لعل وجهه أن إقدام البائع على بيعه اعتراف منه بالإذن فلا تسمع دعواه لتناقضه ، وكذا يقال فيما بعده (قوله فقال القاضى أبرأتنى منه) أى من ذلك العيب (قوله لأن قوله على وجه الحكم) فيه أن الحكم القولى يحتاج إلى الدعوى ، وظاهره كما قال ط أن البينة لاتقبل عليه (قوله لو كبيرة بكرا (١)) أما لو كانت كبيرة ثيبا فإن الأب ليس له قبض مهرها من الزوج بلا إذنها (قوله على العلم بذلك) أى على أنه لايعلم أنها ثيب

---

(١) (قوله لو كبيرة بكرا) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح لو صغيرة أو كبيرة بكرا فليحرر اه .

الرابعة عشر — اشترى أمة فادعى أن لها زوجا فقال البائع لها زوج عبدى فطلقها قبل البيع أو مات فالقول له بلا يمين ، كذا فى السراجية ، والله تعالى أعلم . وهذا التحرير من خواص هذا الكتاب ، كذا فى حاشية الأشباه لشرف الغزى أيضا .

[قلت : وفى حاشيتها للشيخ صالح زاد سبعة أخر فنقول] : الخامسة عشر — لو طعن المدعى عليه فى الشاهد وقال هو ادعى هذه الدار لنفسه قبل شهادته فأنكر فأراد تحليفه لايحلف مجمع الفتاوى .

السادسة عشر — إذا كانت التركة مستغرقة بديون جماعة بأعيانها فجاء غريم آخر وادعى دينا لنفسه فالخصم هو الوارث لكنه لايحلف ، لأنه حينئذ لو أقر له لم يقبل فلم يحلف مجمع الفتاوى .

السابعة عشر — رجل له على رجل ألف درهم فأقر بها ثم أنكر إقراره هل يحلف بالله ماأقررت . قال الدبوسى نعم وقال الصفار لا ، وإنما يحلف على نفس الحق مجمع الفتاوى .

الثامنة عشر — دفع لآخر مالا ثم اختلفا فقال قبضت وديعة وقال الدافع بل لنفسك لايحلف المدعى عليه . قال القاضى القول لرب المال لأنه أقر بسبب الضمان وهو قبض مال الغير مجمع الفتاوى .

التاسعة عشر — رجل قدم رجلا للقاضى وقال إن فلان بن فلان الفلانى توفى ولم يترك وارثا غيرى وله على هذا كذا وكذا من المال فأنكر المدعى عليه دعواه ، فقال الابن استحلفه مايعلم إنى ابنه وأنه مات لم يحلف بل يبرهن الابن عليهما ثم يحلفه على مايدعى لأبيه من المال ، وقيل يستحلف على العلم ، الأول قول الإمام ، والثانى قولهما وقال الحلوانى : الصحيح القول الثانى أنه يحلف والواجية .

العشرون — منها لو ادعى عليه ألف درهم فقال المدعى عليه للقاضى أنه قد كان ادعى على هذه الدعوى عند قاضى بلد كذا ثم خرج من دعواه ذلك فأبرأنى عن هذه الدعوى فحلفه أنه لم يبرئنى منها ، فإن حلف حلفت له ماله على شئ ، اختلف فيه ، والصحيح أنه يستحلف على دعواه ولوالجية .

ومنها لو أن رجلا ادعى على رجل أنه خرق ثوبه وأحضر الثوب معه للقاضى وأراد استحلافه على السبب لايحلف على السبب .

(قوله فادعى أن لها زوجا) أى ليردها على البائع بخيار العيب ، لأن ذلك ينقص عليه منفعة وهى استمتاعه بها (قوله وقال) أى المدعى عليه هو أى الشاهد (قوله فأقر بها) أى ادعى أنه أقر بها (قوله وإنما يحلف على نفس الحق) أى لأنه قد يكون أقر كاذبا ، ففى إلزامه بالحلف على الإقرار إضرار به ثم لايخفى أنه لافائدة فى ذكر هذه المسألة لأنه يحلف اتفاقا ، وإنما الخلاف فيما يحلف عليه (قوله بل لنفسك) أى قرضا أو غصبا فهو مضمون عليك بالهلاك (قوله لايحلف المدعى عليه) بل يكون القول للدافع ، فقوله قال القاضى بيان لحكم المسألة ط (قوله بل يبرهن الابن عليهما) أى على أنه ابنه وأن أباه مات (قوله وقيل يستحلف على العلم) أى على أنه مايعلم أنى ابنه وأنه مات (قوله الصحيح قول الثانى) فى بعض النسخ القول الثانى وهى أولى ، لأن الثانى قولهما لاقول أبى يوسف فقط وحيث كان الصحيح التحليف فلا فائدة فى استثناء هذه المسألة وكذا التى بعدها (قوله ثم خرج من دعواه ذلك) أى من نفس دعواه ، بمعنى أنه تركها أو من مكان دعواه بذلك (قوله والصحيح أنه) أى مدعى المال يستحلف على دعواه : أى دعوى المدعى عليه أنه أبرأه عن الدعوى كما يحلف على دعوى التحليف جامع الفصولين : أى على دعواه أن المدعى حلفنى على هذه الدعوى عند فلان القاضى (قوله وأراد استحلافه على السبب) أى سبب الضمان وهو الخرق لايحلفه على السبب بأن يقول والله ماخرقته لأنه قد يخرقه بإذنه أو على ملكه ثم باعه له مخروقا

[فائدة] قلت: وبهذه مع ماقبلها صارت اثنين وخمسين فليحفظ ، وقد أفاد الإمام الحلوانى أن الجهالة كما تمنع قبول البينة تمنع الاستحلاف أيضا ، إلا إذا اتهم القاضى وصى اليتيم أوقيم ،وقف ،ولايدعى شيئا معلوما فإنه يحلف نظرا للوقف واليتيم ، والله تعالى أعلم .

[قول الأشباه : القاضى إذا قضى فى مجتهد فيه نفذ قضاؤه إلا فى مسائل الخ] أى فينقض فيها حكم الحاكم ، قال ابن المصنف الشيخ صالح بن محمد بن عبدالله فى حاشيته عليها المسماة بزواهر الجواهر فى التفسير على الأشباه والنظائر ، وقد ظفرت بمسائل أخر فزدتها تتميما للفائدة ، وقسمتها على ثلاثة أقسام

ولابينة له ، بل يحلفه لاضمان له عليه بهذا الخرق أفاده ط (قوله فائدة) سقط من بعض النسخ وهو الظاهر (قوله وبهذه مع ماقبلها صارت اثنين وخمسين) أقول : بل هى ثمانية وخمسون فى الخانية إحدى وثلاثون . وزاد فى البحر ستة . وفى تنوير البصائر أربع عشرة . وفى الزواهر سبعة اهـ ح .

قلت : بل هى ستون بزيادة الثانية والثالثة من المسائل الثلاث التى اقتصر عليهما فى الخلاصة كما نبهنا عليه ، وبمسألة الجهالة الآتية تصير إحدى وستين . وزدت عليها ثمانى مسائل من جامع الفصولين الشاهد لوأنكر الشهادة لايحلف . المدعى عليه لو قال كذب الشاهد وأراد تحليف المدعى ما يعلم أنه كاذب لايحلف . ادعى عليه عتق أمته أو طلاق زوجته قيل يحلف ، وقيل لا فليتأمل عند الفتوى . ادعيا امرأة وقال كل منهما تزوجتها فأقرت لأحدهما وأنكرت للآخر لاتحلف له وفاقا ، وكذا لو لم تقر ولكن حلفت لأحدهما فنكلت لاتحلف للآخر : بالغة زوّجها وليها فادعى الزوج رضاها وأنكرت لاتحلف : وكذا لو زوّجها رجل لآخر ثم ادعت المرأة به فأنكر لايحلف : ادعى كل منهما أنه فى يده ولا بينة وأراد أحدهما تحليف الآخر بالله ماتعلم أنه فى يدى ، قيل يحلف ، وقيل لا اهـ فصارت تسعة وستين ، والحمد لله رب العالمين (قوله تمنع الاستحلاف أيضا) كمالو ادعى على شريكه خيانة مبهمة

(قوله إلا إذا اتهم القاضى الخ) زاد فى الأشباه أربعة غير هاتين : الأولى إذا ادعى المودع على المودع خيانة مطلقة فإنه يحلفه كما فى القنية . الثانية الرهن المجهول . الثالثة فى دعوى الغصب الرابعة فى دعوى السرقة اهـ .

مطلب القاضى إذا قضى فى مجتهد فيه نفذ قضاؤه إلا فى مسائل

(قوله قول الأشباه القاضى إذا قضى الخ) عبارته مع زيادة تفسير للتوضيح : القاضى إذا قضى فى مجتهد نفذ قضاؤه إلا فى مسائل نص أصحابنا فيها على عدم النفاذ لو قضى ببطلان الحق بمضى المدة أى خلافا لمن قال إذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو فى المصر بطل حقه ، لأنه قول مهجور فلا ينفذ قضاء القاضى فيه إذا رفع إلى آخر أبطله وجعل المدعى على حقه كما فى الخانية .

قلت : والظاهر أنه ليس المراد من هذا القول بطلان الحق فى الآخرة بل بطلان الدعوى به ، لكن كونه مهجورا ليس على إطلاقه ، بل هو معمول عندنا (١) حيث قامت قرينة على بطلان الدعوى كما تقدم فى مسائل السكوت من عدم سماع الدعوى إذا سكت عند بيع القريب أوأحد الزوجين ، أو سكت مع الإطلاع على تصرف المشترى ، أو سكت ثلاثا وثلاثين سنة مطلقا فتنبه لذلك قال أو بالتفريق للعجز على الإنفاق غائبا على الصحيح لاحاضرا : أى فإنه إذاحكم شافعى على الزوج الحاضر بالفرقة لعجزه عن النفقة نفذ حكمه عندنا ، بخلاف الغائب لأن عجزه غير معلوم فلا ينفذ فى الصحيح كما فى الذخيره لظهور مجازفة الشهود ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك

---

(١) (قوله بل هو معمول عندنا) هكذا بخطه : ولعله سقط من قلمه كلمة به مالم يحمل من باب الحذف والإيصال فليتأمل اهـ مصححه.

في النفقة فافهم قال أو بصحة نكاح مزنية أبيه أو ابنه لم يصح عند أبي يوسف أي لأن حرمته منصوص عليها في الكتاب العزيز: لأن النكاح لغة الوطء. وعند محمد ينفذ، لأن هذا النص ظاهر والتأويل فيه سائغ. قال أو بصحة نكاح أم مزنيته أو بنتها: أي على الخلاف السابق، وستأتي في عبارة الزواهر في القسم الثاني قال أو بنكاح المتعة أي لأنها منسوخة، وقد صح رجوع ابن عباس عن القول بجوازها قال أو بسقوط المهر بالتقادم أي بأن لم تخاصم زوجها فيه حتى مضت مدة طويلة ثم خاصمته يبطل حقها في الصداق، والقاضي لايلتفت إلى خصومتها شرح أدب القضاء، فلو قضى عليها ببطلانه لم ينفذ قال أو بعدم تأجيل العنين: أي فلو رفع قضاؤه لقاض أبطله وأجل الزوج حولا خانية، قال أو بعدم صحة الرجعة بلا رضاها أي لمخالفته لقوله تعالى — وبعولتهن أحق بردهن — قال أو بعدم وقوع الثلاث على الحبلى، أو بعدم وقوعها قبل الدخول، أو بعدم الوقوع على الحائض أو بعدم وقوع مازاد على الواحدة أو بعدم وقوع الثلاث بكلمة: أي لمخالفته قوله تعالى — فإن طلقها فلا تحل له — لأن المراد به الطلقة الثالثة، فمن قال لايقع شيء أو تقع واحدة فقد أثبت الحل للزوج الأول بدون الزوج الثاني وهو خلاف الكتاب، فلا ينفذ القضاء به شرح أدب القضاء.

قلت: فما ذكر في الفتاوى المنسوبة إلى ابن كمال باشا من وقوع طلقة واحدة لايعول عليه، ومن أفتى به من أهل عصرنا فهو جاهل كما أوضحته في إفتاء طويل قال أو بعدم وقوعه على الموطوءة عقبه عبارته في البحر، أو بعدم وقوع الطلاق في طهر جامعها فيه. قال أو بنصف الجهاز لمن طلقها قبل الوطء بعد المهر والتجهيز: أي لو طلقها قبل الدخول بعد ماقبضت المهر وتجهزت به فقضى القاضي للزوج بنصف الجهاز لرأيه أن الزوج بدفع المهر رضي بتصرفها فيه فصار كأن الزوج اشتراه بنفسه وساقه إليها ثم طلقها قبل الدخول فله نصفه لم ينفذ لأنه قضاء بخلاف النص، لأنه تعالى جعل له نصف المفروض أي المسمى في العقد والجهاز غير مسمى فلا يتنصف اه ملخصا من حاشية الأشباه عن المحيط. قال: أو بشهادة بخط أبيه أي شهادته على شيء بسبب رؤيته بخط أبيه قال في شرح أدب القضاء: صورته أن الرجل إذا مات فوجد ابنه خط أبيه في صك وعلم يقينا أنه خط أبيه يشهد بذلك الصك، لأن الابن خليفة الميت في جميع الأشياء، لكن هذا قول مهجور الخ.

قلت: وزاد في البحر بعد هذه المسألة أو بشاهد ويمين، أو في الحدود والقصاص بشهادة رجل وامرأتين، أو بما في ديوانه وقد نسي، وبشهادة شاهد على صك لم يذكر مافيه إلا أنه يعرف خطه وخاتمه، أو بشهادة من شهد على قضية مختومة من غير أن تقرأ عليه وبقضاء المرأة في حد أو قود اه لكن صرح في الفصولين بنفاذه في هذه المواضع وإنما حكى خلافا في الأول فقط، ولعله أسقطها من الأشباه لهذا، والله تعالى أعلم. قال: أو في قسامة بقتل: أي قضى فيما فيه القسامة بالقتل. وصورته كما في شرح أدب القضاء ما قاله بعض العلماء: إذا كان بين المدعى عليه والقتيل عداوة ظاهرة ولا يعرف له عداوة على غير المدعى عليه وبين دخوله في المحلة ووجود القتيل مدة قريبة فالقاضي يحلف الولي على دعواه، فإذا حلف قضى له بالقصاص، وهو خلاف السنة وإجماع الصحابة، بل فيه الدية والقسامة عندنا قال أو بالتفريق بين الزوجين بشهادة المرضعة أو قضى لولده أي لأنه قضاء لنفسه من وجه.

أما لو قضى بشهادة الابن لأبيه أو بالعكس ففيه خلاف بين الصحابة ثم وقع الإجماع على بطلانه فينفذ قضاؤه عند أبي يوسف بناء على أن الإجماع المتأخر لايرفع الخلاف السابق عنده. وعند محمد لاينفذ بناء على أنه يرفعه عنده فلم يكن قضاء في فصل مجتهد فيه. قال: أو رفع إليه حكم صبي أو عبد أو كافر، أي لو قضى بما حكم به هؤلاء

لاينفذ ، لأن حكمهم غير نافذ . قال أو الحكم بحجر سفيه ، يعنى لو حجر القاضى على سفيه فأطلقه آخر جاز وبطل قضاء الأول فليس لقاض ثالث أن ينفذه ، لأن الأول ليس قضاء بل فتوى لعدم المقضى له ، ولئن كان قضاء فنفسه مجتهد فيه فلا يكون حجة مالم يمضه قاض آخر كما لو قضى المحدود فى قذف لايكون حجة مالم يتصل به الإمضاء من قاض آخر ، هذا حاصل مافى شرح أدب القضاء من باب الحجر ، وبه علم أنه كان عليه أن يقول أو الحكم بحجر سفيه أبطله قاض آخر فإنه حينئذ لو رفع إلى ثالث لاينفذه . أما لو أجازه الثانى لزم الثالث تنفيذه فافهم . قال أو بصحة بيع نصيب الساكت من قن حرره أحدهما أى حرره أحدالشريكين معسرا كما فى البحر : أى لو باع الساكت نصفه وقضى القاضى به ثم اختصموا إلى آخر فإنه يبطله ، لأن الصحابة اتفقوا على أنه لايجوز استدامة الرق فيه كما فى شرح أدب القضاء قال أو ببيع متروك التسمية عمدا : أى عند الثانى ، وهو الأصح : وقالا : ينفذ كما فى خزانة الأكمل : قال أو ببيع أم الولد : على الأظهر ، وقيل ينفذ على الأصح : أى الأظهر عدم النفاذ عند محمد لأنه اختلف فيه بين الصحابة : ثم وقع الإجماع على عدم جوازه ، وبه يرتفع الخلاف السابق عنده كمامر . وعندهما لايرتفع فينفذ البيع . وذكر السرخسى أن الأكثر على عدم النفاذ ، وقدمنا تمام الكلام على ذلك فى باب التدبير ، فراجعه فإنه مهم . قال أو ببطلان عفو المرأة عن القود : أى لو قتل زوجها أو أبوها عمدا فعفت على القاتل فأبطله من لايرى للنساء حقا فى القصاص ثم قبل القود رفع إلى قاض آخر فإنه لاينفذه ويحكم بصحة العفو وبطلان القود لمخالفته للجمهور ، وإن كان بعد القود فالقاضى الثانى لايتعرض بشىء ، لكن ذكر فى شرح أدب القضاء أن هذا التفصيل غير سديد بل السديد أنه بعد القود يلزمه : أى القائد القصاص لو عالما ، لأنه قتل شخصا محقون الدم ، ولو جاهلا فالدية . قال أو بصحة ضمان الخلاص ، أى بأن قال البائع أو أجنبى للمشترى إن استحقت الدار المشتراة من يدك فأنا ضامن لك استخلاصها بالبيع أو بالهبة وأسلمها إليك ، فهذا الضمان باطل لأنه ضمن ماليس له قدرة على الوفاء به ، والقائل بأنه يصح لم يستند إلى قياس صحيح فالقضاء به باطل . وفسر أبو يوسف ومحمد الخلاص بالرجوع بالثمن عند الاستحقاق فهو والدرك والعهدة واحد عندهما ، وحينئذ فالقضاء به صحيح وإذا رفع إلى آخر لايبطله ، وتمامه فى شرح أدب القضاء : قال أو بزيادة أهل المحلة فى معلوم الإمام من أوقاف المسجد : أى إذا كانت بلا موجب وإلا فقد ذكرنا فى فروع الفصل الأول من كتاب الوقف أنه يجوز للقاضى زيادة مرسوم الإمام إذا كان يتعطل المسجد بدونها ، أو كان فقيرا أو عالما تقيا . قال أو بحل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثانى : أى بلا دخول كما هو قول سعيد بن المسيب لأنه مخالف للآثار المشهورة كما فى القنية ، نعم فى قضاء الفتح عن الفصـــول : إذا طلقها الثانى بعد الدخول ، ثم تزوجها ثانيا فى العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الأول قبل انقضاء العدة وحكم بصحته نفذ ، إذ للاجتهاد فيه مساغ وهو صريح : قوله تعالى : - ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن - الآية ، وهو مذهب زفر اهـ وقدمنا الكلام على هذه المسألة فى الطلاق فراجعه . قال أو بعدم ملك الكافر مال المسلم بإحرازه بدارهم ، أى دار أهل الحرب ، لأنه لم يثبت فيه اختلاف بين الصحابة كما فى فتح القدير ، فكان القضاء به مخالفا لإجماعهم : قال أو ببيع درهم بدرهمين يدا بيد : أى لو قضى ببيع الفضة بالفضة متفاضلا مع التقابض كما هو قول ابن عباس لم يصح إذ لم يوافقه غيره عليه . قال أو بصحة صلاة المحدث ، أى لو قال إن صليت صلاة صحيحة فأمرك بيدك فرعف فى أثناء صلاته وقضى قاض بصحتها وبأنه صار أمر المرأة بيدها ، فللحنفى إبطاله لعدم وجود الشرط المأخوذ من قوله عليه الصلاة والسلام ، «من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته مالم يتكلم» كما فى حاشية الأشباه عن تنوير الأذهان فتأمل

الأول مالم يختلف مشايخنا فيه والثانى ما اختلفوا فيه والثالث ما لانص فيه عن الإمام ،
واختلف أصحابنا فيه وتعارضت فيه تصانيفهم :

قال أو بقسامة على أهل محلة بتلف المال أى إذا تلف مال إنسان فى محلة فقضى بضمانهم بالقسامة قياسا على النفس فهو باطل لمخالفته للإجماع ، فللثانى أن ينقضه كما فى شرح أدب القضاء. قال أو بحد القذف بالتعريض ، أى كقوله أما أنا فلست بزان ، وقال به عمر رضى الله تعالى عنه ، وهو قول مهجور خالفه فيه على رضى رضى الله تعالى عنه ، فللقاضى الثانى أن يبطله ويجعل ذلك المحدود مقبول الشهادة كما فى فى شرح أدب القضاء. قال أو بالقرعة فى معتق البعض : أى فى مريض أعتق بعض عبيده بغير عينه ، لكن صرح الخصاف فى أدب القضاء بنفاذه ، نعم نقل فى تنوير الأذهان عن المحيط أنه ينفذ لأنه مجتهد فيه. وعن أبى يوسف لاينفذ ، لأن استعمال القرعة نوع قمار قال أو بعدم تصرف المرأة فى مالها بغير إذن زوجها لم ينفذ فى الكل : أى فى كل هذه المسائل ، هذا ماحررته من البزازية والعمادية والصيرفية والتتارخانية اه كلام الأشباه بزيادات توضحه مع ذكر المسائل التى زادها فى البحر وذكر فى البحر أيضا عقب ذلك عن السبكى أن القضاء ينقض عند الحنفية إذا كان حكما لادليل عليه :

مطلب ماخالف شرط الواقف فهو مخالف للنص والحكم به حكم بلا دليل

وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص وهو حكم لادليل عليه ، سواء كان نصه فى الوقف نصا أو ظاهرا اه وهذا موافق لقول مشايخنا كغيرهم ، شرط الواقف كنص الشارع فيجب اتباعه كما صرح به فى شرح المجمع للمصنف اه (قوله الأول مالم يختلف مشايخنا فيه) أى فى نقضه ، وكذا هو مرجع الضمير بعده ، وأراد بالمشايخ الإمام وصاحبيه وأراد بالأصحاب فى قوله واختلف أصحابنا فيه الصاحبين ط :

مطلب المراد بأصحابنا أئمتنا الثلاثة ، وبالمشايخ من لم يدرك الإمام

قلت : لكن المشهور إطلاق أصحابنا على أئمتنا الثلاثة أبى حنيفة وصاحبيه كما ذكره فى شرح الوهبانية ، وأما المشايخ ففى وقف النهر عن العلامة قاسم أن المراد بهم فى الإصطلاح من لم يدرك الإمام (قوله والثالث مالانص فيه عن الإمام) أى لانص فيه ظاهر يعتمد عليه ، فلا ينافى قوله الآتى فى قسم الثالث إذا حكم بالشاهد واليمين فى الأموال ثم رفع إلى حاكم يرى خلافه نقضه عند الثانى ، وعن الإمام لالأفاده ط (قوله وتعارضت فيه تصانيفهم) أى تصانيف الأصحاب بمعنى أهل المذهب :

مطلب قضايا القضاة على ثلاثة أقسام

قال فى جامع الفصولين : قضايا القضاة على ثلاثة أقسام : الأول حكمه بخلاف نص وإجماع وهذا باطل ، فلكل من القضاة نقضه إذا رفع إليه ، وليس لأحد أن يجيزه : الثانى حكمه فيما اختلف فيه وهو ينفذ وليس لأحد نقضه . والثالث حكمه الشيء يتعين فيه الخلاف بعد الحكم فيه : أى يكون الخلاف فى نفس الحكم فقيل نفذ وقيل توقف على إمضاء آخر ، فلو أمضاه يصير كالقاضى الثانى إذا حكم فى مختلف فيه فليس للثانى نقضه ، فلو أبطله الثانى بطل ، وليس لأحد أن يجيزه اه ط وسيأتى تمام الكلام على هذه الثلاثة فى كتاب القضاء إن شاء

[فمن القسم الأول] إذا باع دارا وقبضها المشترى واستحقت منه وتعذر على البائع ردها فقضى على البائع للمشترى بدار مثلها فى المواضع والخطة والذرع والبناء ، كقول عثمان البستى : ثم رفع لقاض آخر أبطله وألزم برد الثمن فقط إلا أن يكون أحدث بناء أو غرسا فيلزمه بقيمة ذلك مع الثمن (ومنه) حاكم قضى ببطلان شفعة الشريك ثم رفع لقاض آخر فإنه ينقضه ويثبت الشفعة للشريك لمخالفته لنص الحديث (ومنه) المحدود فى قذف إذا قضى بعد ثبوته ثم رفع الحكم لقاض آخر لايراه أبطله (ومنه) مالو حكم أعمى ثم رفع لمن لم يره نقضه لأنه ليس من أهل الشهادة والقضاء فوقها (ومنه) إذا حكم بشهادة الصبيان ثم رفع لآخر نقضه لأنه كالمجنون ، وكذا ما أداه النائم فى نومه (ومنه) الحكم بشهادة النساء وحدهن فى شجاج الحمام ورفع لآخر لايمضيه (ومنه) الحكم بإجارة المديون فى دينه لاينفذ (ومنه) القضاء بخط شهود أموات لاينفذ

الله تعالى (قوله وتعذر على البائع ردها) أى إلى المشترى (قوله فى المواضع) أى المساكن والخطة : أى المحلة والذرع أى عدد الأذرع اهـ ح (قوله كقول عثمان البستى) هذا خلاف مافى الزواهر ، فإن الذى فيها أن عثمان البستى قال إذا رفع إلى قاض آخر أبطله الخ (قوله لمخالفته لنص الحديث) هو ماورد . أنه عليه الصلاة والسلام كان يقضى بالشفعة فى كل ربع وحائط ، فلا يعمل بخلاف من خالف فى ذلك ط (قوله إذا قضى بعد ثبوته) فى بعض النسخ بعد توبته أى بعد أن تاب وهى أظهر ، لأن القضاء بشىء لايكون إلا بعد ثبوته عند القاضى ، لكن كل من النسختين غير موجود فى الزواهر على مانقله المحشى أبو السعود عنها .

قلت : والصواب قبل توبته ، لأن الكلام فيما ينقض ولاينفذه أحد وهذا ليس كذلك ، لما فى شرح أدب القضاء : وأما المحدود فى القذف إذا قضى قبل التوبة فالقاضى الثانى يبطل قضاءه لامحالة ، حتى لو نفذه ثم رفع إلى قاض ثالث فله أن ينقضه لأنه لايصلح قاضيا بالإجماع فكان القضاء الثانى مخالفا للإجماع فكان باطلا ، وأما إذا كان بعد التوبة لاينفذ قضاؤه عندنا ، لكن لقاض آخر أن ينفذه ، حتى لو نفذه ثم رفع إلى ثالث ليس للثالث أن يبطله اهـ (قوله ومنه مالو حكم أعمى الخ) فى جامع الفصولين : ولو أمضى حكم الأعمى نفذ إذ فى أهلية شهادته خلاف ظاهر ، ولو رفع حكمه إلى قاض لايرى جواز قضائه أبطله : إذ نفس الحكم مجتهد فيه اهـ .

وحاصله أنه من القسم الثالث من الأقسام المارة آنفا عن جامع الفصولين ، فيتوقف على إمضاء قاض ثان ، فإن أمضاه الثانى نفذ فليس لثالث إبطاله ، وإن أبطله الثانى بطل ، فهو نظير حكم المحدود بعد التوبة وعلمت مافيه (قوله لأنه ليس من أهل الشهادة) علة للمسألتين قبله ط (قوله وكذا ما أداه النائم فى نومه) يعنى إذا أدى النائم شهادة فقضى بها ورفع لقاض آخر نقضه ط (قوله فى شجاج الحمام) قال الشارح فى الشهادات : وكذا لاتقبل شهادة الصبيان فيما يقع فى الملاعب ، ولاشهادة النساء فيما يقع فى الحمامات وإن مست الحاجة لمنع الشرع عما يستحق به السجن وملاعب الصبيان وحمامات النساء فكان التقصير مضافا إليهم لا إلى الشرع بزازية وصغرى وشرنبلالية ، لكن فى الحاوى : تقبل شهادة النساء فى القتل فى الحمام بحكم الدية لئلا يهدر الدم اهـ فليتنبه عند الفتوى اهـ ط (قوله ومنه الحكم بإجارة المديون فى دينه) أى لو حكم للدائن بأن يؤجر مديونه ليستوفى دينه من أجرته لاينفذ لمخالفته ، لقوله تعالى - وإن كان ذوعسرة فنظرة إلى ميسرة - نعم ، قالوا : إنه لوكان له كسب يفضل عن حاجته يأمره الحاكم بدفع الفاضل ، هذا : وقد أسقط الشارح من عبارة الزواهر مسألة قبل هذه ، وهى قوله : ومنه إذا قال الرجل لأمرأته كلى أواشربى يريد الطلاق فقضى عليه القاضى بذلك وفرق بينهما ثم رفع إلى من لايراه نقضه (قوله ومنه القضاء بخط شهود أموات) لأن الشاهد لابد من نطقه بالشهادة فالحكم

(ومنه) القضاء بجواز بيع الدراهم بالدنانير نسيئة (ومنه) القضاء بشهادة أهل الذمة فى الأسفار فى الوصية ثم رفع لمن لايراه نقضه (ومنه) إذا قضى بشيء ثم رفع لآخر فنقضه ولم يبين وجه النقض أمضى النقض (ومنه) إذا باع رجل من آخر عبدا أو أمة ومضى على ذلك مدة ثم ظهر فيه عيب لم يقر البائع به ولم تقم بينة بأنه كان موجودا عنده فرده القاضى على البائع ثم رفع حكمه لآخر فإنه يبطل الرد ويعيده للمشترى (ومنه) إذا حكم بتحريم بنت المرأة التى لم يدخل بها ثم رفع لحاكم آخر أبطل حكمه الأول لمخالفته لنص - وربائبكم اللاتى فى حجوركم - الآية .

[ومن القسم الثانى] إذا اختلف الأصحاب على قولين ثم أخذ الناس بأحد قوليهم وتركوا الآخر فحكم القاضى بالمتروك لم ينقض عنده خلافا للثانى (ومنه) إذا وطىء أم امرأته وحكم ببقاء النكاح ثم رفع لآخر يرى خلافه لم يبطله ثم إن الزوج جاهلا فهو فى سعة ، وإن عالما لايحل له المقام لأن القضاء لايحلل ولا يحرم خلافا لأبى حنيفة رحمه الله تعالى . وذكر الحاكم فى المنتقى فى رجل وطىء أم امرأته فقضى أن ذلك لايحرمها ثم رفع لآخر فرق بينهما وذكر ذلك مطلقا ، فالظاهر أن ذلك مذهبه أو قول الإمام لمخالفته لنص - ولا تنكحوا - وهو الوطء

بالخط حكم بلا شهادة فهو باطل (قوله نسيئة) وكذا مع التفاضل كما مر (قوله نقضه) لأنه لاشهادة لكافر على مسلم (قوله أمضى النقض) عبارة الزواهر ثم رفع النقض إلى آخر أمضى النقض اهـ أى حملا لحكمه بالنقض على الصحة ، بأن علم الناقض أن الحكم الأول باطل فعد هذه هنا بالنظر إلى هذا تأمل (قوله ثم ظهر فيه عيب) قيده فى شرح أدب القضاء بالجنون ، فإن بعضهم قال يرد العبد به مطلقا لأنه إنما يكون من نقصان يتمكن من أصل الخلقة فيكون من عند البائع (قوله التى لم يدخل بها) صفة للمرأة (قوله الآية) تتمتها - من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم - (قوله لم ينقض عنده خلافا للثانى) كذا فى الزواهر . ويظهر لى أن العبارة مقلوبة ، والصواب ينقض عنده بإسقاط لم ، لأن ماذكره هو المسألة الأصولية ، وهى أن الإجماع اللاحق هل يرفع الخلاف السابق ؟ فعندهما لا ، وعند محمد نعم ، فإذا حكم بالقول المتروك أى الذى تركه أهل الإجماع ، فعندهما لاينقض حكمه لعدم ارتفاع الخلاف السابق فكان حكما فى محل مجتهد فيه . وعند محمد ينقض لارتفاع الخلاف فيكون حكما مخالفا للإجماع ومثله ماقدمناه من شهادة الابن لأبيه أو بالعكس ، ومن مسألة بيع المدبر فتدبر (قوله ومنه إذا وطىء أم امرأته الخ) فى شرح أدب القضاء : لو وطىء أم امرأته أو بنتها فخاصمته زوجته إلى قاض يرى أن الحرام لايحرم الحلال فقضى بها لزوجها ثم رفعته إلى قاض يرى أن ذلك يحرمها على زوجها فليس للثانى أن يبطل قضاء الأول ؛ لأن هذا مما اختلف فيه الصحابة والعلماء ، فإذا قضى نفذ قضاؤه بالإجماع ، فإذا قضى الثانى بخلافه كان قضاؤه مخالفا للإجماع ، ثم هل يحل للزوج المقام معها ، فلو جاهلا وقضى بالمرأة له حل بلا شبهة لالو قضى بتحريمها ولو عالما ؟ فإن قضى عليه بأن كان هو لايرى تحريمها والقاضى قضى بتحريمها نفذ القضاء عليه فلا يحل له المقام معها ؟ وإن قضى له بأن كان هو يرى تحريمها وقضى له بحلها ، فعند أبى يوسف كذلك ، وعندهما يحل اهـ ملخصا .

ورأيت بهامشه بخط بعض العلماء عند قوله فإذا قضى نفذ قضاؤه بالإجماع مانصه : ذكر فى الواقعات الصغرى أن نفاذ القضاء مختلف فيه ، عند أبى يوسف لاينفذ وللثانى أن يبطله ، وعند محمد ينفذ وليس للثانى ذلك ، فكان النفاذ المجمع عليه موقوفا على قضاء ثان بصحة قضاء الأول اهـ ورأيت نحوه فى جامع الفصولين من حكاية الخلاف المذكور (قوله وإن عالما لايحل له المقام) أى إن عالما بحرمتها معتقدا لها وقضى له بالحل (قوله وذكر ذلك مطلقا) أى بلا حكاية خلاف (قوله فالظاهر أن ذلك مذهبه) أى مذهب صاحب المنتقى (قوله أو قول الإمام) قد علمت أنه قول أبى يوسف (قوله لمخالفته لنص ولاتنكحوا) أى مانكح آباؤكم من النساء ،

(ومنه) إذا قضى بخلاف مذهبه غلطا ووافق قول مجتهد ثم رفع لآخر أمضاه عند الإمام . وقالا : ينقضه لأنه غالط والغلط ليس بمجتهد فيه (ومنه) المديون إذا حبس لايكون حبسه حجرا عليه . وقال القاسم بن معن حجر ، فلوحكم به ثم رفع لآخر نقضه . وقالا : ينفذه ، فلو حكم الثانى به نفذ ولا ينقض .

[ومن القسم الثالث] إذا حكم بالشاهدواليمين فى الأموال ثم رفع لحاكم يرى خلافه نقضه عندالثانى . وعن الإمام لا لاختلاف الآثار (ومنه) إذا قضى بشهادة الأب لابنه أوجده ثم رفع لآخر لايراه أمضاه عند الثانى ، وينقضه عند محمد (ومنه) إذا تزوج الزانى بابنته من الزنا وحكم الحاكم بحل ذلك ثم رفع لمن لايراه أبطله لأنه مما يستشنعه الناس ذكره فى شرح الطحاوى (ومنه) رجل أعتق عبدا ثم مات المعتق ولا وارث له ، ثم قضى القاضى بميراثه للمعتق ثم رفع لحاكم آخر نقضه وجعل ماله لبيت المال عند أبى يوسف وهو الصحيح ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الولاء لمن أعتق » ولا يلزم مولى الموالاة لأنه مستحق بالعقد وهو قائم بهما فاستويا كالزوجية ،

وهذا لايصلح دليلا على ماقبله ، بل إنما يصلح دليلا لمسألة ذكرها فى جامع الفصولين . وعبارته : ولو قضى بجواز نكاح مزنية الأب للابن أوالابن للأب لاينعقد عند أبى يوسف إذ الحادثة نص عليها فى الكتاب اه ط .

مطلب فى قضاء القاضى بخلاف مذهبه

(قوله ومنه إذا قضى بخلاف مذهبه الخ) فى قضاء البحر : لو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا نفذ عنده . وفى العامد روايتان ، وعندهما لاينفذ فى الوجهين . واختلف الترجيح. قال فى الفتح : والوجه الآن أن يفتى بقولهما لأن التارك لمذهبه عمدا لايفعله إلالهوى باطل ،وأما الناسى فلأن المقلد ماقلده إلا ليحكم بمذهبه لابمذهب غيره هذا كله فى القاضى المجتهد ، فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبى حنيفة فلا يملك المخالفة فيكون معزولا بالنسبة إلى ذلك الحكم اه وسيأتى تمام الكلام على هذه المسألة فى كتاب القضاء إن شاء الله تعالى (قوله وقال القاسم بن معن حجر) أى الحبس حجر ط .

قلت : والقاسم هذا من أصحاب أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، أخذ عنه محمد بن الحسن كما فى طبقات عبد القادر (قوله فلو حكم الثانى) أى الحاكم الثانى بأنه حجر نفذ ولاينقض ، مفاده أن هذا من القسم الثالث من الأقسام التى قدمناها عن جامع الفصولين (قوله إذا حكم بالشاهد واليمين) قال فى جامع الفصولين : ذكر فى بعض المواضع أنه ينفذ وفى بعضها لاينفذ ، وفى أقضية الجامع أنه يتوقف على إمضاء قاض آخر اه ط (قوله وعن الإمام لا) تقدم أن هذا القسم لانص فيه عن الإمام ، وتقدم جوابه (قوله لأنه مما يستشنعه الناس) أى يعدونه أمرا شنيعا لأنها بنته حقيقة ولغة لوجود الجزئية ، وإنما قطع الشرع نسبتها إليه فقط ، إذ الجزئية لاتنتفى بالزنا ثم إنه لم يذكر فيه خلافا ، ومقتضى عده من القسم الثالث وجود الخلاف فيه (قوله ثم مات المعتق) بكسر التاء والذى بعده بفتحها ط (قوله إنما الولاء لمن أعتق) لأن إنما تفيد قصر الولاء على من أعتق ، ومن أحكام الولاء الإرث (قوله ولايلزم) أى لايلزمنا أن نقول مولى الموالاة كذلك : أى أنه يكون إرثه من أحد الجانبين فقط كما قلنا فى ولاء العتاقة ، لأنه : أى الولاء المفهوم من مولى الموالاة مستحق بالعقد ، لأن صورته أن يعقد رجلان مجهولا النسب عقد الموالاة بينهما على أن من مات منهما قبل صاحبه عن غير وارث ورثه الآخر وهذا العقد قائم بهما أى وجد منهما فيتوارثان به من الطرفين ، بخلاف ولاء العتاقة فإن سببه الإعتاق وهو قائم

فاغتنم هذا المقام فإنه من جواهر هذا الكتاب ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب :

بالمعتق فقط كالزوجية فإنها من أسباب الميراث والإرث ثابت بها من الطرفين لقيام عقدها بهما معا فيتوارثان بها وإن اختلف مقدار الإرث بها من جهة أخرى وهى تفضيل الزوج على الزوجة بذكورته وكونه قواما عليها، والله سبحانه أعلم (قوله فاغتنم هذا المقام) أى فز به بلا مشقة كما فى القاموس ، حيث قال غنم بالكسر غنما بالضم وبالفتح وبالتحريك وغنيمة وغنمانا بالضم : الفوز بالشىء بلا مشقة اه والاغتنام افتعال منه فافهم، والله سبحانه وتعالى أعلم ، وله الحمد على ماعلم وفهم ، وصلى الله وبارك وسلم على عبده ورسوله المعظم ، وعلى آله وصحبه ومن فى سلكه انتظم ، لاسيما إمامنا الأعظم، وقدوتنا المقدم ، وأصحابه ومشايخ مذهبه المحكم، وأتباعهم ذوو المقام الأفخم ، والمصنف ذو الفضل المسلم ، والشارح الذى أتقن مسائله وأحكم ، ووالدينا (١) ومشايخنا وأهالينا ومن أسدى إلينا معروفا وأكرم – ربى أوزعنى أن أشكر نعمتك التى أنعمت علىّ وعلى والدى وأن أعمل صالحا ترضاه وأصلح لى فى ذريتى إنى تبت إليك وإنى من المسلمين – وتقبل منى هذا العمل ، وبلغنى فى إكماله غاية الأمل ، وجنبنى فيه عن الخطإ والخلل ، واجعله سببا لغفران الذنب والزلل ، ولحسن الختام عند انتهاء الأجل ، والحمد لله رب العالمين :

---

(١) (قوله ووالدينا) مقتضى قوله وأتباعهم ذوو الخ أن يقول هنا ووالدونا الخ بالرفع إلا أن يجعل معطوفا على ما قبل لاسيما على ما فيه اه مصححه .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

لما فرغ من حقوق الله تعالى العبادات والعقوبات شرع فى حقوق العباد المعاملات . ومناسبته للوقف إزالة الملك لكن لا إلى مالك وهنا إليه فكانا كبسيط ومركب وجمع لكونه باعتبار كل من البيع والمبيع والثمن

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده وصلى الله على من لا نبى بعده :

كتاب البيوع

(قوله لما فرغ الخ) بيان للمناسبة بين جملة ماتقدم وجملة مايأتى مع بيان المناسبة بين خصوص الوقف والبيع والمراد بالعبادات ماكان المقصود منها فى الأصل تقرب العبد إلى الملك المعبود ، ونيل الثواب والجود ، كالأركان الأربعة ونحوها ؛ وبالمعاملات ماكان المقصود منها فى الأصل قضاء مصالح العباد كالبيع والكفالة والحوالة ونحوها وكون البيع أو الشراء قد يكون واجبا لعارض لايخرجه عن كونه من المعاملات ، كما لاتخرج الصلاة مع الرياء عن كون أصل الصلاة عبادة .

ثم إن ماتقدم غير مختص بالعبادات بل هو حقوقه تعالى ، وهى ثلاثة : عبادات وعقوبات ، وكفارات ؛ فالمعاملات فى مقابلة حقوقه تعالى . وأورد فى الفتح أنه لايخفى شروعه فى المعاملات من زمان فإن ماتقدم من اللقطة واللقيط والمفقود من المعاملات . قال فى النهر : وكان النكاح أولى بالذكر من اللقيط ونحوه اه .

قلت : وفيه نظر ظاهر ، فإن النكاح وإن كان من المعاملات لكنه من العبادات أيضا ، بل المقصود الأصلى منه العبادة ، وهى تحصين النفس عن المحرمات وتكثير المسلمين ؛ بل قالوا إن التخلى له أفضل من التخلى للنوافل .

وقد يقال الأولى إيراد الشركة لأن كلا من اللقطة واللقيط أى التقاطهما مندوب إليه من حيث هو ، وقد يجب فلذا ذكر فى حقوقه تعالى ، وكذا رد الآبق . وأما المفقود فإنه ذكر فيها لمناسبة اقتضته ، وكذا اللقطة ونحوها والشركة ، كما ذكروا فى المعاملات بعض العبادات كالأضحية لمناسبتها للذبائح ، والقرض لمناسبته للبيع تأمل (قوله لكن لا إلى مالك) أى الإزالة فى الوقف لاتنتهى إلى مالك فهو فى حكم ملك الله تعالى وهذا قولهما . وقال الإمام : هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ط (قوله فكانا كبسيط ومركب) أى والبسيط مقدم على المركب فى الوجود فقدم عليه فى الذكر . قال ط : وإنما لم يكن البيع مركبا حقيقة ، لأن الإزالة أمر اعتبارى لايتحقق منها(١) تركيب (قوله وجمع الخ) لما كان البيع فى الأصل مصدرا والمصدر لايجمع لأنه اسم للحدث كالقيام والقعود وقد جمعه تبعا للهداية أجابوا عنه بأنه قد يراد به المفعول فجمع باعتباره كما يجمع المبيع ، أى فإن أنواع المبيعات كثيرة مختلفة أو أنه بقى على أصله مرادا به المعنى لكنه جمع باعتبار أنواعه ، فإن البيع الذى

---

(١) (قوله منها) هكذا بخطه ، ولعل الأصوب (فيها) تأمل اه مصححه .

ألواعا أربعة : نافذ موقوف فاسد باطل ، ومقايضة صرف سلم مطلق مرابحة تولية ، وضيعة مساومة .
(هو) لغة : مقابلة شيء بشيء مالا أولا

هو الحدث إن اعتبر من حيث هو فهو أربعة : نافذ إن أفاد الحكم للحال ، وموقوف إن أفاده عند الإجازة ، وفاسد إن أفاده عند القبض ، وباطل إن لم يفده أصلا ؛ وإن اعتبر من حيث تعلقه بالمبيع فهوأربعة أيضا ، لأنه إما أن يقع على عين بعين ، أو ثمن بثمن . أي يكون المبيع فيه من الأثمان : أي النقود ، أو ثمن بعين ، أو عين بثمن ، ويسمى الأول مقايضة ، والثاني صرفا ، والثالث سلما ، وليس للرابع اسم خاص ، فهو بيع مطلق ؛ وإن اعتبر من حيث تعلقه بالثمن أو بمقداره فهو أربعة أيضا ، لأنه إن كان بمثل الثمن الأول مع زيادة فمرابحة ، أو بدون زيادة فتولية ، أو أنقص من الثمن فوضيعة ، أو بدون زيادة ولا نقص فمساومة ، وزاد في البحر خامسا وهو الإشراك : أي أن يشرك غيره فيما اشتراه : أي بأن يبيعه نصفه مثلا ، وتركه الشارح لأنه غير خارج عن الأربعة ، وقد يعتبر من حيث تعلقه بوصف الثمن ككونه حالا أو مؤجلا ، وبما قررناه ظهر لك أن قوله باعتبار كل من البيع والمبيع ليس المراد اعتبار المبيع وحده أي بدون تعلق بيع به ، حتى يرد أنه إذا أريد كل منهما بانفراده يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ، فإن جمع البيع باقيا على مصدريته نظرا إلى أنواعه حقيقة ، بخلاف جمعه منقولا إلى اسم المفعول فإنه مجاز . ووجه عدم الورود أن المراد جمعه باعتبار حقيقته ، لكن نظرا إلى ذاته منفردا أو متعلقا بغيره لامنقولا إلى اسم المفعول فافهم (قوله أنواعا أربعة) خبر الكون ، وقوله نافذ الخ ، بيان للأنواع الأربعة في كل واحد من الثلاثة على طريق اللف والنشر المرتب ، وقد علمت بيانها . ثم إن تقسيم الأول إلى ماذكر هو مامشى عليه في الحاوي ، وظاهره أن الموقوف من قسم الصحيح وهو أحد طريقين للمشايخ ، وهو الحق . ومنهم من جعله قسيما للصحيح وعليه مشى الزيلعي ، فإنه قسمه إلى صحيح وباطل وفاسد وموقوف ، وتمام تحقيقه في أول البيع الفاسد من البحر ، ويأتي قريبا استثناء بيع المكره (قوله هولغة مقابلة شيء بشيء) أي على وجه المبادلة ، ولو عبر بها بدل المقابلة لكان أولى كما فعل المصنف فيما بعد ، وظاهره شمول الإجارة ، لأن المنفعة شيء باعتبار الشرع أنها موجودة حتى صح الاعتياض عنها بالمال وكذا باعتبار اللغة تأمل .

مطلب في تعريف المال والملك والمتقوم

(قوله مالا أولا) الخ ، المراد بالمال مايميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم ، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعا ؛ فما يباح بلا تمول لايكون مالا كحبة حنطة وما يتمول بلا إباحة انتفاع لايكون متقوما كالخمر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم بحر ملخصا عن الكشف الكبير .

وحاصله أن المال أعم من المتمول(١) لأن المال مايمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر ، والمتقوم مايمكن ادخاره مع الإباحة ، فالخمر مال لامتقوم ، فلذا فسد البيع بجعلها ثمنا ، وإنما لم ينعقد أصلا بجعلها مبيعا لأن الثمن غير مقصود بل وسيلة إلى المقصود ، إذ الانتفاع بالأعيان لابالأثمان ، ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن ، فبهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة آلات الصناع ، وتمام تحقيقه في فصل النهي من التلويح . ومن هذا قال في البحر : ثم اعلم أن البيع وإن كان مبناه على البدلين لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن ، ولذا تشترط

(١) (قوله أعم من المتمول الخ) لعل الصواب المتقوم تأمل اه .

بدليل —وشروه بثمن بخس — وهو من الأضداد ، ويستعمل متعديا وبمن للتأكيد وباللام ، يقال بعتك الشيء وبعت لك فهي زائدة قاله ابن القطاع ، وباع عليه القاضي : أي بلا رضاه . وشرعا (مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله) خرج غير المرغوب كتراب وميتة ودم

القدرة على المبيع دون الثمن وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن اه . وفي التلويح أيضا من بحث القضاء : والتحقيق أن المنفعة ملك لا مال ، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه أن يدخر للانتفاع وقت الحاجة ، والتقويم يستلزم المالية عند الإمام والملك عند الشافعي . وفي البحر عن الحاوي القدسي : المال اسم لغير الآدمي ، خلق لمصالح الآدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار ، والعبد وإن كان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتى لا يجوز قتله وإهلاكه اه .

قلت : وفيه نظر ، لأن المال المنتفع به في التصرف على وجه الاختيار والقتل والإهلاك ليس بانتفاع ولأن الانتفاع بالمال يعتبر في كل شيء بما يصلح له ، ولا يجوز إهلاك شيء من المال بلا انتفاع أصلا كقتل الدابة بلا سبب موجب (قوله بدليل وشروه بثمن بخس) أي باعوه : أي إخوة يوسف بثمن ناقص ، وقيل باعوه بعشرين درهما ، فالآية دليل على أن البيع لا يلزم كون المبيع فيه مالا ، لأن الحر لا يملك .

قلت : وفيه أن أهل اللغة في الجاهلية كانوا يسترقون الأحرار ويبيعونهم ، فلا تدل الآية على أن البيع لغة لا يشترط فيه المالية ، على أن الظاهر أن الحر يملك قبل شرعنا ، بدليل — قالوا جزاؤه من وجد في رحله فهو جزاؤه — ثم رأيت ذلك في القهستاني من البيع الفاسد حيث قال إن الحر كان مالا في شريعة يعقوب عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام حتى استرق السارق كما في شرح التأويلات ، فلا ينبغي أن يقال إنه لم يكن مالا عند أحد اه فالأولى الاستدلال بمثل — إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم — فاستبشروا ببيعكم — أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى— ونحوه ، ولا يخفى أن دعوى المجاز في ذلك خلاف الأصل فافهم ، وبهذا ظهر أن تعريفه لغة بما ذكره الشارح تبعا للمحيط أولى مما في الفتح عن فخر الإسلام من أن البيع لغة مبادلة المال بالمال ، لكن يرد على الأول أنه يدخل فيه النكاح ، إلا أن يراد بالمقابلة ما يكون على وجه التمليك حقيقة تأمل (قوله وهو من الأضداد) أي من الألفاظ التي تطلق على الشيء وعلى ضده كما في قوله تعالى — وكان وراءهم ملك — أي قدامهم : قال في الفتح : يقال باعه إذا أخرج العين من ملكه إليه ، وباعه أي اشتراه اه ، وكذا الشراء بدليل — وشروه بثمن بخس — فيطلق كل منهما على الآخر : وفي المصباح : والبيع من الأضداد مثل الشراء ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ، لكن إذا أطلق البائع فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة (قوله ويستعمل متعديا) أي بنفسه إلى مفعولين (قوله وبمن للتأكيد) كبعت من زيد الدار ، وظاهر الفتح أنها للتعدية لأنه قال ويتعدى بنفسه وبالحرف (قوله وباللام) أي قليلا . وعبارة ابن القطاع على ما في المصباح : وربما دخلت اللام مكان من ، تقول : بعتك الشيء وبعت لك فهي زائدة اه (قوله يقال بعتك الشيء) مثال للمتعدي بنفسه وترك مثال التعدي بمن (قوله وباع عليه القاضي) أفاد أنه يتعدى بعلى أيضا في مقام الإجبار والإلزام (قوله مبادلة شيء) مصدر مضاف إلى مفعوله الأول والفاعل محذوف ، والأصل أن يتبادل المتبايعان شيئا مرغوبا فيه بمثله ، فشيئا مفعول أول وبمثله مفعول ثان بواسطة الحرف فافهم (قوله مرغوب فيه) أي ما من شأنه أن ترغب إليه النفس وهو المال ، ولذا احترز به الشارح عن التراب والميتة والدم فإنها ليست بمال ، فرجع إلى قول الكنز والملتقى : مبادلة المال بالمال ، ولذا فسر الشارح كلام الملتقى في شرحه بقوله : أي تمليك شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه ، فقد تساوى التعريفان فافهم ، نعم زاد في الكنز بالتراضي .

(على وجه) مفيد (مخصوص) أى بإيجاب أو تعاط ، فخرج التبرع من الجانبين والهبة بشرط العوض ، وخرج بمفيد مالا يفيد ،

مطلب فى بيع المكره والموقوف

وأورد عليه أنه يخرج بيع المكره مع أنه منعقد . وأجاب فى شرح النقاية بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ ، ومن تركه أراد الأعم . واعترضه فى البحر بأن بيع المكره فاسد موقوف لاموقوف فقط كبيع الفضولى كما يفهم من كلام شارح النقاية .

قلت : لكن قدمنا أن الموقوف من قسم الصحيح ، ومقتضاه أن بيع المكره كذلك ، لكن صرحوا فى كتاب الإكراه أنه يثبت به الملك عند القبض للفساد ، فهو صريح فى أنه فاسد وإن خالف بقية العقود الفاسدة فى أربعة صور(١) سيذكرها المصنف هناك ، وأفاد فى المنار وشرحه أنه ينعقد فاسدا لعدم الرضا الذى هو شرط النفاذ ، وأنه بالإجازة يصح ويزول الفساد ، وبه علم أن الموقوف على الإجازة صحته ، فصح كونه فاسدا موقوفا ، وظهر أن الموقوف منه فاسد كبيع المكره ، ومنه صحيح كبيع عبد أو صبى محجورين ، وأمثلته كثيرة ستأتى فى باب بيع الفضولى .

والحاصل أن الموقوف مطلقا بيع حقيقة ، والفاسد بيع أيضا وإن توقف حكمه ، وهو الملك على القبض ، فلا يناسب ذكر التراضى فى التعريف ، ولذا قال فى الفتح : إن التراضى ليس جزء مفهوم البيع الشرعى ، بل شرط ثبوت حكمه شرعا اهـ أى لأنه لو كان جزء مفهومه شرعا لزم أن يكون بيع المكره باطلا وليس كذلك ، بل هو فاسد كما علمت . وأنت خبير بأن التعريف شامل للفاسد بسائر أنواعه كما ذكره فى النهر لأنه بيع حقيقة ، وإن توقف حكمه على القبض ، فالتقييد بالتراضى لإخراج بعض الفاسد وهو بيع المكره غير مرضى ، لأنه إذا كان المراد تعريف مطلق البيع يكون غير جامع لخروج هذا منه ، وإن أريد تعريف البيع الصحيح فليس بمانع لدخول أكثر البياعات الفاسدة فيه .

ثم اعلم أن الخمر مال كما قدمناه عن الكشف والتلويح وإن كان غير متقوم مع أن بيعه باطل فى حق المسلم ، بخلاف البيع به فإنه فاسد ، ومر الفرق . وأما مافى البحر عن المحيط من أنه غير مال فالظاهر أنه أراد بالمال المتقوم توفيقا بين كلامهم ، وحينئذ فيرد على تعريف المصنف كالكنز فافهم . ويرد على تعريف المصنف فقط الإجارة والنكاح . قال ط : فإن فيهما مبادلة مال مرغوب فيه بمرغوب فيه ، ولا يخرجان بقوله على وجه مخصوص ، لأن المراد به الإيجاب والقبول والتعاطى اهـ ، إلا أن يجاب بأن المراد بالمرغوب فيه المال كما قررناه أولا ، والمنفعة غير مال كما مر ؛ أو يقال إن المبادلة هى التمليك كما فى النهر عن الدراية : أى التمليك المطلق ، والمنفعة فى الإجارة والنكاح مملوكة ملكا مقيدا فافهم (قوله على وجه مفيد) هذا التقييد غير مفيد ، إذ غايته أنه أخرج مالا يفيد كبيع درهم بدرهم اتحد وزنا وصفة وهو فاسد ، وقد علمت شمول التعريف لجميع أنواع الفاسد ، فلا فائدة فى إخراج نوع منه كما قلناه فى بيع المكره ، نعم لو كان بيع الدرهم بالدرهم باطلا فهو تقييد مفيد ، لكن بطلانه بعيد لوجود المبادلة بالمال فتأمل (قوله أى بإيجاب أو تعاط) بيان للوجه المخصوص ، وأراد الإيجاب مايكون بالقول بدليل المقابلة فيشمل القبول ، وإلا لم يخرج التبرع من الجانبين على ماقاله ط فتأمل (قوله فخرج التبرع من الجانبين الخ) قال المصنف فى المنح : ولما كان هذا يشمل مبادلة رجلين بمالهما بطريق التبرع أو الهبة

---

(١) (قوله فى أربعة صور) هكذا بخطه والأصوب تجريد العدد من التاء للقاعدة المعلومة اهـ مصححه .

فلا يصح بيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة ، ولا مقايضة أحد الشريكين حصة داره بحصة الآخر صيرفية ولا إجارة السكنى بالسكنى أشباه (ويكون بقول أو فعل ، أما القول فالإيجاب والقبول) وهما ركنه ، وشرطه أهلية المتعاقدين :

بشرط العوض فإنه ليس ببيع ابتداء وإن كان فى حكمه بقاء ، أراد إخراج ذلك فقال على وجه مخصوص اه :

قلت : وهذا صريح فى دخولها تحت المبادلة على خلاف ما فى النهر . ووجهه أنه لو تبرع لرجل بشىء ثم الرجل عوض عليه بشىء آخر بلا شرط فهو تبرع من الجانبين مع المبادلة لكن من جانب الثانى ، وهذا يوجد كثيرا بين الزوجين يبعث إليها متاعا وتبعث له أيضا وهو فى الحقيقة هبة ، حتى لو ادعى الزوج العارية رجع ، ولها أيضا الرجوع لأنها قصدت التعويض عن هبة ، فلما لم توجد الهبة بدعوى العارية لم يوجد التعويض عنها فلها الرجوع كما سيأتى فى الهبة ، وكذا لو وهبه شيئا على أن يعوضه عنه شيئا معيبا فهو هبة ابتداء مع وجود المبادلة المشروطة فافهم (قوله استويا وزنا) أما إذا لم يستويا فيه فالبيع فاسد لربا الفضل لا لعدم الفائدة ، وقوله وصفة خرج ما اختلفا فيها مع اتحاد الوزن ككون أحدهما كبيرا والآخر صغيرا أو أحدهما أسود والآخر أبيض :

قلت : والمسألة مذكورة فى الفصل السادس من الذخيرة : باع درهما كبيرا بدرهم صغير أو درهما جيدا بدرهم ردىء جاز لأن لهما فيه غرضا صحيحا ، أما إذا كانا مستويين فى القدر والصفة اختلفوا فيه : قال بعض المشايخ : لا يجوز وإليه أشار محمد فى الكتاب ، وبه كان يفتى الحاكم الإمام أبو أحمد اه (قوله ولا مقايضة أحد الشريكين) أى المستويين : والمتبادر من التعبير بالشريكين أن الدار مشاعة بينهما ، أما لو كانت حصة كل منهما مفروزة عن الأخرى فالظاهر جواز المقايضة لأنه قد يكون رغبة كل منهما فيما فى يد الآخر فهو بيع مفيد ، بخلاف المشاعة فافهم (قوله ولا إجارة السكنى بالسكنى) لأن المنفعة معدومة فيكون بيع الجنس بالجنس نسيئة وهو لا يجوز ط عن حاشية الأشباه (قوله ويكون) أى البيع منح ، والأظهر إرجاع الضمير إلى قوله على وجه مخصوص فهو بيان له وإلا كان تكرارا تأمل (قوله وهما ركنه) ظاهره أن الضمير للإيجاب والقبول ، ويحتمل إرجاعه للقول والفعل كما يفيده قول البحر : وفى البدائع : ركنه المبادلة المذكورة ، وهو معنى ما فى الفتح من أن ركنه الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو ما يقوم مقامهما من التعاطى ، فركنه الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول أو فعل اه . وأراد بالفعل أولا ما يشمل فعل اللسان ، وبالفعل ثانيا غيره ، وقوله الدال على الرضا : أى بالنظر إلى ذاته وإن كان ثم ما ينافى الرضا كإكراه ، وظاهر كلام المصنف أن الإيجاب والقبول غير البيع مع أن ركن الشىء عينه ، وإذا أرجعنا الضمير فى قوله : ويكون إلى قوله على وجه مخصوص لا يرد ذلك ، وكذا إذا أريد بالبيع حكمه وهو الملك ، وهاهنا أبحاث رائقة مذكورة فى النهر :

(قوله وشرطه أهلية المتعاقدين) أى بكونهما عاقلين ، ولا يشترط البلوغ والحرية :

مطلب شرائط البيع أنواع أربعة

وذكر فى البحر أن شرائط البيع أربعة أنواع : شرط انعقاد ونفاذ وصحة ولزوم :

فالأول أربعة أنواع : فى العاقد ، وفى نفس العقد ، وفى مكانه ، وفى المعقود عليه ، فشرائط العاقد اثنان : العقل والعدد ، فلا ينعقد بيع مجنون وصبى لا يعقل ، ولا وكيل من الجانبين ، إلا فى الأب ووصيه والقاضى ، وشراء العبد نفسه من مولاه بأمره ، والرسول من الجانبين : ولا يشترط فيه البلوغ ولا الحرية ؛ فيصح بيع الصبى

أوالعبد لنفسه موقوفا ولغيره نافذا ، ولا الإسلام والنطق والصحو . وشرط العقد اثنان أيضا : موافقة الإيجاب للقبول ، فلو قبل غير ماأوجبه أوبعضه أوبغير ما أوجبه أو ببعضه لم ينعقد إلا فى الشفعة بأن(١) باع عبدا وعقارا فطلب الشفيع العقار وحده ، وكونه بلفظ الماضى . وشرط مكانه واحد ، وهو اتحاد المجلس . وشرط المعقود عليه ستة : كونه موجودا مالا متقوما مملوكا فى نفسه ، وكون الملك للبائع فيما يبيعه لنفسه ، وكونه مقدور التسليم فلم ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كالحمل واللبن فى الضرع والثمر قبل ظهوره وهذا العبد فإذا هو جارية ، ولابيع الحر والمدبر وأم الولد والمكاتب ومعتق البعض والميتة والدم ، ولابيع الخمر والخنزير فى حق مسلم وكسرة خبز ، لأن أدنى القيمة التى تشترط لجواز البيع فلس ، ولابيع الكلأ ولو فى أرض مملوكة له ، والماء فى نهر أوبئر ، والصيد والحطب والحشيش قبل الإحراز ، ولا بيع ماليس مملوكا له وإن ملكه بعده ، إلا السلم والمغصوب او باعه الغاصب ثم ضمن قيمته وبيع الفضولى فإنه منعقد موقوف ، وبيع الوكيل فإنه نافذ ، ولابيع معجوز التسليم كالآبق والطير فى الهواء والسمك فى البحر بعد أن كان فى يده فصارت شرائط الانعقاد أحد عشر قلت صوابه تسعة (٢) .

وأما الثانى وهو شرائط النفاذ فاثنان : الملك أوالولاية ، وأن لايكون فى البيع حق لغير البائع فلم ينعقد بيع (٣) الفضولى عندنا . أماشراؤه فنافذ .

قلت : أى لم ينعقد إذا باعه لأجل نفسه لا لأجل مالكه لكنه على الرواية الضعيفة : والصحيح انعقاده موقوفا كما سيأتى فى بابه . والولاية إما بانابة المالك كالوكالة ، والشارع كولاية الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضى ثم وصيه ، ولاينفذ بيع مرهون ومستأجر ، وللمشترى فسخه إن لم يعلم لا المرتهن ومستأجر .

وأما الثالث ، وهو شرائط الصحة فخمسة وعشرون : منها عامة ومنها خاصة ، فالعامة لكل بيع شروط الانعقاد المارة لأن مالا ينعقد لايصح ، وعدم التوقيت ، ومعلومية المبيع ، ومعلومية الثمن بما يرفع المنازعة فلا يصح بيع شاة من هذا القطيع وبيع الشىء بقيمته أوبحكم فلان ، وخلوه عن شرط مفسد كما سيأتى فى البيع الفاسد والرضا والفائدة ، ففسد بيع المكره وشراؤه وبيع مالا فائدة فيه وشراؤه كما مر ، والخاصة معلومة الأجل فى البيع المؤجل ثمنه والقبض فى بيع المشترى (٤) المنقول ، وفى الدين ، ففسد بيع الدين قبل قبضه كالمسلم فيه ورأس المال وبيع شىء بدين على غير البائع وكون البدل مسمى فى المبادلة القولية ، فإن سكت عنه فسد وملك بالقبض والمماثلة بين البدلين فى أموال الربا ، والخلو عن شبهة الربا ، ووجود شرائط السلم فيه ، والقبض فى الصرف قبل الافتراق ، وعلم الثمن الأول فى مرابحة ، وتولية وإشراك ووضيعة .

وأما الرابع ، وهو شرائط اللزوم بعد الانعقاد والنفاذ فخلوه من الخيارات الأربعة المشهورة وباقى الخيارات

---

(١) (قوله لم ينعقد إلا فى الشفعة بأن الخ) وذلك لأن العقد بالنسبة للعقار يتحول إلى الشفيع ، ولذا لو ظهر بالمبيع عيب يرجع به على البائع ، فبهذا الاعتبار كان الشفيع قابلا بعض ما أوجبه البائع اه .

(٢) (قوله قلت صوابه تسعة) أى للاستغناء بذكر المال عن قيد الوجود فإن المال اسم لما تميل إليه النفس ويدخر للحاجة وهو لا يكون إلا موجودا ولا غناء كون الملك للبائع عن كونه مملوكا فى نفسه اه .

(٣) (قوله فلم ينعقد بيع الخ) عبارة البحر : فلم ينفذ ، وهو المناسب للتفريع تأمل اه .

(٤) (قوله والقبض فى بيع المشترى الخ) أى يشترط قبض منقول اشتراه لصحة بيعه ، فلو اشترى منقولا ولم يقبضه فبيعه لا يصح بيعه اه .

ومحله المال . وحكمه ثبوت الملك . وحكمته نظام بقاء المعاش والعالم . وصفته : مباح مكروه حرام واجب . وثبوته بالكتاب والسنة والإجماع والقياس (فالإيجاب) هو (مايذكر أولا من كلام) أحد (المتعاقدين) والقبول مايذكر ثانيا من الآخر سواء كإن بعت أو اشتريت

الآتية فى أول باب خيار الشرط ، فقد صارت جملة الشرائط ستة وسبعين اه ملخصا أى لأن شرائط الانعقاد أحد عشر على ماقاله أولا وشرائط النفاذ اثنان ، وشرائط الصحة خمسة وعشرون صارت ثمانية وثلاثين ، وهى كلها شرائط اللزوم مع زيادة الخلو من الخيارات ، لكن بذلك تصير الجملة سبعة وسبعين ، نعم تنقص ثمانية على ماقلنا من أن الصواب أن شرائط الانعقاد تسعة فيسقط منها اثنان ، ومن شرائط الصحة اثنان ومن شرائط اللزوم أربعة فتصير الجملة تسعة وستين نعم يزاد فى شروط المعقود عليه إذا لم يرياه الإشارة إليه أو إلى مكانه كما سيأتى فى باب خيار الرؤية ، وسيأتى تمام الكلام عليه عند قوله وشرط الصحة معرفة قدر مبيع وثمن (قوله ومحله المال) فيه نظر ، لما مر من أن الخمر مال مع أن بيعه باطل فى حق المسلم ، فكان عليه إبداله بالمتقوم وهو أخص من المال كما مر بيانه ، فيخرج ماليس بمال أصلا كالميتة والدم ، وما كان مالا غير متقوم كالخمر فإن ذلك غير محل للبيع (قوله وحكمه ثبوت الملك) أى فى البدلين لكل منهما فى بدل ، وهذا حكمه الأصلى ، والتابع وجوب تسليم المبيع والثمن ، ووجوب استبراء الجارية على المشترى ، وملك الاستمتاع بها ، وثبوت الشفعة لو عقارا ، وعتق المبيع لو محرما من البائع بحر ، وصوابه من المشترى (قوله وحكمته نظام بقاء المعاش والعالم) حقه أن يقول بقاء نظام المعاش الخ فإنه سبحانه وتعالى خلق العالم على أتم نظام وأحكم أمر معاشه أحسن إحكام ، ولا يتم ذلك إلا بالبيع والشراء إذ لايقدر أحد أن يعمل لنفسه كل مايحتاجه ، لأنه إذا اشتغل بحرث الأرض وبذر القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته وتذريته وتنظيفه وطحنه وعجنه لم يقدر على أن يشتغل بيده مايحتاج ذلك من آلات الحراثة والحصد ونحوه فضلا عن اشتغاله فيما يحتاجه من ملبس ومسكن فاضطر إلى شراء ذلك ، ولولا الشراء لكان يأخذه بالقهر أو بالسؤال إن أمكن وإلا قاتل صاحبه عليه ، ولا يتم مع ذلك بقاء العالم (قوله مباح) هو ماخلا عن أوصاف مابعده (قوله مكروه) كالبيع بعد النداء فى الجمعة (قوله حرام) كبيع خمر لمن يشربها (قوله واجب) كبيع شئ لمن يضطر إليه (قوله والسنة) فإنه عليه الصلاة والسلام باع واشترى وأقر أصحابه على ذلك أيضا (قوله والقياس) عبارة البحر والمعقول اه ح لأنه أمر ضرورى يجزم العقل بثبوته كباقى الأمور الضرورية المتوقف عليها انتظام معاشه وبقائه فافهم (قوله فالإيجاب الخ) هذه الفاء الفصيحة وهى المفصحة عن شرط مقدر : أى إذا أردت معرفة الإيجاب والقبول المذكورين . وفى الفتح : الإيجاب الإثبات لغة لأى شئ كان ، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع أو من المشترى ، كأن يبتدئ المشترى فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثانى ، وإلا فكل منهما إيجاب : أى إثبات فسمى الثانى بالقبول تمييزا له عن الإثبات الأول ولأنه يقع قبولا ورضا بفعل الأول اه (قوله والقبول) فى بعض النسخ فالقبول بالفاء ، فهو تفريع على تعريف الإيجاب ، ولذا قال المصنف لما ذكر أن الإيجاب ماذكر أولا علم أن الإيجاب(١) هو ماذكر ثانيا من كلام أحدهما أفاده ط (قوله مايذكر ثانيا من الآخر) أى من العاقد الآخر ، والتعبير بيذكر لايشمل الفعل ، وعرفه فى الفتح بأنه الفعل الثانى كما مر ، وقال لأنه أعم من اللفظ ، فإن من الفروع مالو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال ، والركوب واللبس بعد قول البائع أركبها بمائة وألبسه بكذا رضا بالبيع .

---

(١) (قوله علم أن الإيجاب الخ) هكذا بخطه ، وصوابه علم أن القبول الخ كما هو ظاهر اه مصححه .

(الدال على التراضى) قيد به اقتداء بالآية وبيانا للبيع الشرعى ، ولذا لم يلزم بيع المكره وإن انعقد ، ولم ينعقد مع الهزل لعدم الرضا بحكمه معه .

مطلب القبول قد يكون بالفعل وليس من صور التعاطى

وكذا إذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا ، بخلاف بيع التعاطى فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط ، ففى جعل الأخيرة من صور التعاطى كما فعل بعضهم نظر اهـ . وذكر فى الخانية أن القبض يقوم مقام القبول ، وعليه فتعريف القبول بالقول لكونه الأصل (قوله الدال على التراضى) الأولى أن يقول الرضا كما عبر به فى الفتح والبحر ، لأن التراضى من الجانبين لايدل عليه الإيجاب وحده بل هو مع القبول أفاده ح (قوله قيد به اقتداء بالآية) وهى قوله تعالى - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - (قوله وبيانا للبيع الشرعى) استظهر فى الفتح أن التراضى لابد منه فى البيع اللغوى أيضا ، فإنه لايفهم من باع زيد عبده لغة إلا أنه استبدله بالتراضى اهـ . ونقل مثله القهستانى عن إكراه الكفاية والكرمانى وقال : وعليه يدل كلام الراغب خلافا لشيخ الإسلام (قوله ولذا لم يلزم بيع المكره) قدمنا أن بيع المكره فاسد موقوف على إجازة البائع ، وأن البيع المعرف يشمل سائر أنواع البيع الفاسد ، وأن قول الكنز : البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى غير مرضى لأنه يخرج بيع المكره مع أنه داخل . وأجيب عنه بما ذكره الشارح بأنه قيد به اقتداء بالآية : أى لا للاحتراز ، لكن قوله وبيانا للبيع الشرعى إن أراد به البيع المقابل للغوى . يرد عليه ماعلمته من اعتبار التراضى فى البيع اللغوى ، وأنه لا يعتبر فى البيع الشرعى ، إذلو كان جزء مفهومه لزم أن يكون بيع المكره باطلا لا فاسدا ، بل التراضى شرط لثبوت حكمه شرعا وهو الملك كما قدمناه عن الفتح ، وإن أراد بالشرعى الخالى عن الفساد فالتقييد بالتراضى لايخرج بقية البيوع الفاسدة ، بل التعريف شامل لها ، ثم لايخفى أن هذا كله إنما يتأتى فى عبارة الكنز حيث جعل فيها التراضى قيدا فى التعريف . أما قول المصنف الدال على التراضى فلا لكونه ذكره صفة للإيجاب ، فهو بيان للواقع ، فإن الأصل فيه أن يكون دليلا على الرضا ولكن لايلزم منه وجود الرضا حقيقة فلا يخرج به بيع المكره تأمل .

مطلب فى حكم البيع مع الهزل

(قوله ولم ينعقد مع الهزل الخ) الهزل فى اللغة : اللعب . وفى الاصطلاح : هو أن يراد بالشىء مالم يوضع له ولا ما صح له اللفظ استعارة ، والهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضاه ، لكن لا يختار ثبوته الحكم ولا يرضاه . والاختيار : هو القصد إلى الشىء وإرادته . والرضا : هو إيثاره واستحسانه ، فالمكره على الشىء يختاره ولا يرضاه ، ومن هنا قالوا : إن المعاصى والقبائح بارادة الله تعالى لا برضاه - إن الله لا يرضى لعباده الكفر - كذا فى التلويح . وشرطه : أى شرط تحقق الهزل واعتباره فى التصرفات أن يكون صريحا باللسان مثل أن يقول إنى أبيع هازلا ، ولايكتفى بدلالة الحال إلا أنه لايشترط ذكره فى العقد ، فيكفى أن تكون المواضعة سابقة على العقد ، فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع : أى توافقا على أنهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس ولا يريدانه واتفقا على البناء : أى على أنهما لم يرفعا الهزل ولم يرجعا عنه فالبيع منعقد لصدوره من أهله فى محله ، لكن يفسد البيع لعدم الرضا بحكمه فصار كالبيع بشرط الخيار أبدا ، لكنه لايملك بالقبض لعدم الرضا بالحكم ، حتى لو أعتقه المشترى لاينفذ عتقه هكذا ذكروا . وينبغى أن يكون البيع باطلا لوجود حكمه ، وهو أنه لايملك بالقبض . وأما الفاسد

هذا ويرد على التعريفين مافى التتارخانية : لو خرجا معاصح البيع ، لكن فى القهستانى: لو كانا معا لم ينعقد كما قالوا فى السلام ،وعلى الأول مافى الأشباه تكرار الإيجاب مبطل للأول إلا فى عتق وطلاق على مال ،

فحكمه أن يملك بالقبض حيث كان مختارا راضيا بحكمه ، أما عند عدم الرضا به فلا اه منار وشرحه لصاحب البحر فقول الشارح ولم ينعقد مع الهزل الذى هو من مدخول العلة غير صحيح ، لمنافاته ماتقدم من أنه منعقد لصدوره من أهله فى محله ، لكنه يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم ، إلا أن يحمل على نفى الانعقاد الصحيح أو يتمشى على البحث الذى ذكره بقوله وينبغى الخ اه ط :

قلت : قد صرح فى الخانية والقنية بأنه بيع باطل وبه يتأيد مابحثه فى شرح المنار ، وكثيرا ما يطلقون الفاسد على الباطل كما ستعرفه فى بابه ، لكن يرد على بطلانه أنهما لو أجازه جاز والباطل لا تلحقه الإجازة ، وأن الباطل ما ليس منعقد أصلا ، والفاسد ما كان منعقدا بأصله لابوصفه ، وهذا منعقد بأصله لأنه مبادلة مال بمال دون وصفه ، ولذلك أجاب بعض العلماء بحمل مافى الخانية على أن المراد بالبطلان الفساد كما فى حاشية الحموى وتمامه فيها :

قلت: وهذا أولى لموافقته لما فى كتب الأصول من أنه فاسد : وأما عدم إفادته الملك بالقبض فلكونه أشبه البيع بالخيار لهما ، وليس كل فاسد يملك بالقبض ، ولذا قال فى الأشباه : إذا قبض المشترى المبيع فاسدا ملكه إلا فى مسائل : الأولى لايملكه فى بيع الهازل كما في الأصول : الثانية لو اشتراه الأب من ماله لابنه الصغير أو باعه له كذلك فاسدا لايملكه بالقبض حتى يستعمله ، كذا فى المحيط . الثالثة لو كان مقبوضا فى يد المشترى أمانة لايملكه به اه : وذكر الشارح مسألة بيع الهزل قبيل الكفالة وذكرها المصنف متنا فى الإكراه (قوله ويرد على التعريفين) أى تعريفى الإيجاب والقبول حيث قيد الإيجاب بكونه أولا والقبول بكونه ثانيا ط (قوله لكن فى القهستانى الخ) ومثله فى التجنيس لصاحب الهداية (قوله كما قالوا فى السلام) أى لو رد على المسلم مع السلام فلابد من الإعادة (١) (قوله وعلى الأول) أى ويرد على التعريف الأول حيث قيد بكونه أولا ، والمعتبر فى التكرار هو الثانى : والجواب أن الإيجاب الأول لما بطل صار الثانى أولا فى التحقيق ، على أن كلا من الإيجابين أول بالنسبة إلى القبول أفاده ط (قوله تكرار الإيجاب) أى قبل القبول (قوله مبطل للأول) وينصرف القبول إلى الإيجاب الثانى ، ويكون بيعا بالثمن الأول بحر ، وصوابه بالثمن الثانى كما هو ظاهر ، ويعلم ممايأتى (قوله إلا فى عتق وطلاق على مال) لم يذكر فى الأشباه الطلاق بل ذكره فى البحر : وقد اعترض البيرى على الأشباه حيث اقتصر على العتق مع أن الولوالجى ذكر الطلاق أيضا ، وذكر أنه روى عن أبى يوسف أنهما كالبيع ، وأن ماروى عن محمد أصح اه .

وفى البيرى أيضا عن الذخيرة قال لغيره بعتك هذا بألف درهم ثم قال بعتكه بمائة دينار فقال المشترى قبلت انصرف قبوله إلى الإيجاب الثانى ويكون بيعا بمائة دينار ، بخلاف مالو قال لعبده أنت حر على ألف درهم أنت حر على مائة دينار فقال العبد قبلت لزمه المالان : والفرق أن الإيجاب الثانى رجوع عن الإيجاب الأول ورجوع البائع قبل قبول المشترى عامل ؛ ألا ترى أنه لو قال رجعت عن ذلك قبل قبول المشترى يعمل رجوعه ، وإذا عمل رجوعه بطل الإيجاب الأول وانصرف القبول إلى الإيجاب الثانى : أما رجوع المولى عن إيجاب العتق ليس بعامل ألا ترى أنه لو قال رجعت عن ذلك لايعمل رجوعه ، لأن إيجاب العتق بالمال تعليق بالقبول والرجوع فى التعليقات

---

(١) (قوله فلا بد من الإعادة) أى إعادة الرد ، وكأنه مأخوذ من الفاء فى قوله تعالى — فحيوا بأحسن منها — الخ اه .

وسيجيء في الصلح ، وفي المنظومة المحبية :

وكل عقد بعد عقد جددا فأبطل الثاني لأنه سدى
فالصلح بعد الصلح أضحى باطلا كذا النكاح ماعدا مسائلا
منها الشرا بعد الشراء صححوا . . . . .

لايعمل ، فبقي كل من الإيجاب الأول والثاني فانصرف القبول إليهما اه (قوله وسيجيء في الصلح) قال الشارح هناك : والأصل أن كل عقد أعيد فالثاني باطل إلا في الكفالة والشراء والإجارة اه وفيه أن هذا ومافي النظم من تكرار العقد والكلام في تكرار الإيجاب كما لايخفى اه ح أي لأن العقد اسم لمجموع الإيجاب والقبول ، وتكراره غير تكرار الإيجاب الذي كلامه فيه (قوله وكل عقد بعد عقد جددا الخ) في التتارخانية قال: بعتك عبدي هذا بألف درهم بعتكه بمائة دينار فقال المشتري : قبلت ينصرف إلى الإيجاب الثاني، ويكون بيعا بمائة دينار ولو قال : بعتك هذا العبد بألف درهم وقبل المشتري ثم قال بعته منك بمائة دينار في المجلس أو في مجلس آخر وقال المشتري : اشتريت ينعقد الثاني وينفسخ الأول وكذا لو باعه بجنس الثمن الأول بأقل أو بأكثر نحو أن يبيعه منه بعشرة ثم باعه بتسعة أو بأحد عشر ، فإن باع بعشرة لاينعقد الثاني ويبقى الأول بحاله اه فهذا مثال لتكرار الإيجاب فقط ومثال لتكرار العقد (قوله فأبطل الثاني) أي إذا كان بمثل الثمن الأول كما علمت لأنه سدى أي لا فائدة فيه (قوله فالصلح بعد الصلح أضحى باطلا) هذا إذا كان الصلح على سبيل الإسقاط ، أما إذا كان الصلح على عوض ثم اصطلحا على عوض آخر ، فالثاني هو الجائز ، ويفسخ الأول كالبيع بيرى عن الخلاصة عن المنتقى .

قلت : الظاهر أن الصلح على سبيل الإسقاط بمعنى الابراء ، وبطلان الثاني ظاهر ،ولكنه بعيد الإرادة هنا فالمناسب حمل الصلح على المتبادر منه ويكون المراد به ما إذا كان بمثل العوض الأول بقرينة قوله كالبيع ، وعليه فالظاهر أن حكمه كالبيع في التفصيل المار فيه (قوله كذا النكاح) أي فالثاني باطل ، فلا يلزمه المهر المسمى فيه إلا إذا جدده للزيادة في المهر كما في القنية بحر .

قلت : لكن قدمنا في أوائل باب المهر عن البزازية أن عدم اللزوم إذا جدد العقد للاحتياط ، وقدمنا أيضا عن الكافي لو تزوجها في السر بألف ثم في العلانية بألفين ظاهر المنصوص في الأصل أنه يلزمه عنده الألفان ويكون زيادة في المهر ، وعند أبي يوسف المهر هو الأول إذ العقد الثاني لغو فيلغو ما فيه وعند الإمام أن الثاني وإن لغا لا يلغو ما فيه من الزيادة اه . وذكر في الفتح هناك أن هذا إذا لم يشهد على أن الثاني هزل ، وإلا فلا خلاف في اعتبار الأول ثم ذكر أن بعضهم اعتبر ما في العقد الثاني فقط وبعضهم أوجب كلا المهرين وأن قاضيخان أفتى بأنه لايجب بالعقد الثاني شيء مالم يقصد به الزيادة في المهر ، ثم وفق بينه وبين إطلاق الجمهور اللزوم بحمل كلامه على أنه لايلزمه ديانة في نفس الأمر إلا بقصد الزيادة بل يلزمه قضاء،لأنه يؤاخذ بظاهر لفظه إلا أن يشهد على الهزل اه .

والحاصل : اعتماد قول الإمام الذي هو ظاهر المنصوص من لزوم الزيادة وحينئذ فمعنى كون الثاني لغوا أنه لاينفسخ الأول به(قوله ماعدا مسائلا)استثناء من قوله فأبطل الثاني (قوله منها الشرا بعد الشراء) بقصر الشرا الأول للنظم قال في الأشباه أطلقه في جامع الفصولين ، وقيده في القنية بأن يكون الثاني أكثر ثمنا من الأول أو أقل أو بجنس آخر وإلا فلا يصح اه .

. . . . كذا كفالة على ماصرحوا

إذ المراد صاح فى المحقق منها إذا زيادة التوثق

(وهما عبارة عن كل لفظين ينبئان (١) عن معنى التملك والتمليك ماضيين) كبعت واشتريت

قلت : فعلى مافى القنية لافرق بين الشراء والبيع ، ولذا أطلق العقد فى البحر حيث قال : وإذا تعدد الإيجاب والقبول انعقد الثانى وانفسخ الأول إن كان الثانى بأزيد من الأول أوأنقص وإن كان مثله لم ينفسخ الأول واختلفوا فيما إذا كان الثانى فاسدا هل يتضمن فسخ الأول اهـ. قال فى النهر : ومقتضى النظر أن الأول لاينفسخ اهـ لكن جزم فى جامع الفصولين والبزازية بأنه ينفسخ وكذا قال فى الذخيرة إن الثانى وإن كان فاسدا فإنه يتضمن فسخ الأول ، كما لو اشترى قلب فضة وزنه عشرة بعشرة وتقابضا ثم اشتراه منه بتسعة وعلله البزازى بأن الفاسد ملحق بالصحيح (٢) فى كثير من الأحكام اهـ رملى ملخصا (قوله كذا كفالة) قال فى الخانية : الكفيل بالنفس إذا أعطى الطالب كفيلا بنفسه فمات الأصيل برئ الكفيلان ، وكذا لو مات الكفيل الأول برئ الكفيل الثانى كذا ذكره بعض الأفاضل قال : وأشار بجواز تعددها إلى أن المكفول له لو أخذ من الأصيل كفيلا آخر بعد الأول لم يبرأ الأول. كذا فى حاشية السيد أبى السعود على الأشباه .

[تنبيه] زاد فى الأشباه أن الإجارة بعد الإجارة من المستأجر الأول فسخ للأولى كما فى البزازية. وقال البحر وينبغى أن المدة إذا اتحدت فيهما واتحد الأجران لا تصح الثانية كالبيع (قوله إذ المراد الخ) تعليل لعدم بطلان الكفالة الثانية بأن المراد منها فى الحقيقة إذا أى حين كررت إنما هو زيادة التوثق بأخذ كفيل آخر ، حتى يتمكن من مطالبة أيهما أراد (قوله وهما عبارة الخ) أى الإيجاب والقبول معبر بهما عن كل لفظين الخ. قال الزيلعى : وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق (٣) كبعت واشتريت ورضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا اهـ أو كل هذا الطعام بدرهم لى عليك فأكله ونحو ذلك من الأفعال كما قدمناه عن الفتح قبل ورقتين ، وينعقد ببيع معلق بفعل قلب كإن أردت فقال أردت أو إن أعجبك أو وافقك فقال : أعجبنى أو وافقنى ، وأما إن أديت إلى الثمن فقد بعتك فإن أدى فى المجلس صح ويصح الإيجاب بلفظ الهبة وأشركتك فيه وأدخلتك فيه ، وينعقد بلفظ الرد بحر عن التتارخانية .

قلت : وعبارتها ولو قال أرد عليك هذه الأمة بخمسين دينارا وقبل الآخر ثبت البيع اهـ وفى البحر ويصح الإيجاب بلفظ الجعل كقوله : جعلت لك هذا بألف وتمامه فيه .

قلت : وفى عرفنا يسمى بيع الثمار على الأشجار ضمانا فإذا قال ضمنتك هذه الثمار بكذا ، وقبل الآخر ينبغى أن يصح وكذا تعارفوا فى بيع أحد الشريكين فى الدواب لشريكه الآخر لفظ المقاصرة ، فيقول : قاصرتك بكذا ومراده بعتك حصتى من هذه الدابة بكذا فإذا قبل الآخر صح لأنها من ألفاظ التمليك عرفا .

---

(١) (قول المصنف عن كل لفظين ينبئان الخ) قال فى البحر : لو قال بعنى هذا بكذا فقال طابت نفسى لاينعقد اهـ ولعله لم يوجد فيه الإنباء اهـ .

(٢) (قوله ملحق بالصحيح الخ) أى فيعمل عمله . فكما أن الصحيح يبطل العقد الأول كذلك ما ألحق به وهو الفاسد اهـ .

(٣) (قوله وينعقد بكل لفظ ينبىء عن التحقيق) أى فالبيع لا يختص بلفظ وإنما يثبت الحكم إذا وجد معنى التمليك والتملك بخلاف الطلاق والعتاق فإنه لا يعتبر المعنى فيهما وإنما تعتبر الألفاظ الموضوعة لهاصريحا أو كناية ولا يشترط أى فى البيع أن يشتمل القبول على الخطاب بعد ما صدر الإيجاب بالخطاب فلو قال بعد قوله بعتك بكذا اشتريت ولم يقل منك صح بحر عن الفتح اهـ أى يكفى وجود الخطاب فى الإيجاب .

(أو حالين) كمضارعين لم يقرنا بسوف والسين كأبيعك فيقول أشتريه أو أحدهما ماض والآخرحال (و) لكن (لايحتاج الأول إلى نية بخلاف الثانى) فإن نوى به الإيجاب للحال صح على الأصح وإلا لا إلا إذا استعملوه للحال كأهل خوارزم فكالماضى وكأبيعك الآن لتمحضه للحال ، وأما المتمحض للاستقبال فكالأمر لايصح أصلا إلا الأمر إذا دل على الحال كخذه بكذا فقال أخذت أو رضيت صح بطريق الاقتضاء فليحفظ (ويصح إضافته إلى عضو يصح إضافة العتق إليه) كوجه وفرج (وإلا لا) كظهر وبطن (و) كل مادل على معنى بعت واشتريت نحو (قد فعلت ونعم وهات الثمن) وهو لك أو عبدك أو فداك أو خذه (قبول)

[تنبيه] ظاهر قوله عن لفظين (١) أنه لاينعقد بالإشارة بالرأس ، ويدل عليه مافى الحاوى الزاهدى فى فصل البيع الموقوف فضولى باع مال غيره فبلغه فسكت متأملا فقال ثالث : هل أذنت لى فى الإجازة ؟ فقال نعم فأجازه ينفذ ولو حرك رأسه بنعم فلا لأن تحريك الرأس فى حق الناطق لايعتبر اهـ لكن قد يقال (٢) إذا قال له بعنى كذا بكذا فأشار برأسه نعم ، فقال الآخر اشتريت وحصل التسليم بالتراضى يكون بيعا بالتعاطى ، بخلاف ماإذا لم يحصل التسليم من أحد الجانبين على مايأتى فى بيع التعاطى أنه لابد من وجوده ولو من أحدهما هذا ماظهرلى. وفى الأشباه من أحكام الإشارة وإن لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر إشارته إلا فى أربع الكفر والإسلام والنسب والإفتاء الخ (قوله أو حالين) بتخفيف اللام (قوله لا يحتاج الأول) وهو الصادر بلفظين ماضيين ط عن المنح وكذا الماضى فيما لو كانا مختلفين (قوله بخلاف الثانى) فإنه يحتاج إليها وإن كان حقيقة للحال عندنا على الأصح (٣) لغلبة استعماله فى الاستقبال حقيقة أو مجازا بحر عن البدائع (قوله وإلا لا) صادق بما إذا نوى الاستقبال أو لم ينو شيئا ط (قوله للحال) أى ولا يستعملونه للوعد والاستقبال ط (قوله فكالماضى) فلايحتاج إلى النية بحر ط (قوله وكأبيعك الآن) عطف على المستثنى اهـ ح وهذا أولى بالحكم لأنه إذا علمت نية الحال فالتصريح به أولى ط (قوله وأما المتمحض للاستقبال) كالمقرون بالسين وسوف ط (قوله فكالأمر) بأن قال المشترى : بعنى هذا الثوب بكذا فيقول بعت أو يقول البائع : اشتره منى بكذا فيقول اشتريته (قوله لايصح أصلا) أى سواء نوى بذلك الحال أولا لكون الأمر متمحضا للاستقبال وكذا المضارع المقرون بالسين أوسوف (قوله كخذه بكذا الخ) قال فى الفتح فإنه وإن كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعنى الأمر بالأخذ يستدعى سابقة البيع ، فكان كالماضى إلا أن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذ سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما إذا قال : بعتك عبدى هذا بألف فقال فهو حر عتق ، ويثبت باشتريت اقتضاء بخلاف مالو قال هو حر بلافاء لايعتق (قوله كوجه وفرج) بأن قال بعتك وجه هذا العبد أو فرج هذه الأمة لأنه مما يعبر به عن الكل (قوله وكل مادل الخ) تفصيل لقوله وهما عبارتان (٤) : عن كل لفظين الخ (قوله قبول) خبر قوله وكل وظاهره أنه قبول سواء كان من البائع أو المشترى وأنه لايكون إيجابا مع أنه يكون من البائع فقط كما نبه عليه بقوله لكن فى الولوالجية ، ويكون إيجابا أيضا قال فى البحر لو قال : أتبيعنى عبدك هذا بألف فقال نعم فقال أخذته فهو بيع لازم فوقعت كلمة نعم إيجابا وكذا تقع قبولا

---

(١) (قوله عن لفظين) هكذا بخطه ، والذى فى نسخ الشارح عن كل لفظين اهـ .

(٢) (قوله لكن قد يقال الخ) فيه أن المعتبر إنما هو التسليم ولا مدخل لتحريك الرأس فيه ولذا لو لم يحصل التسليم لايتم البيع كما ذكره بعد فلا يصلح للاستدراك .

(٣) (قوله على الأصح الخ) مقابله ما فى المحيط وشرح القدورى والتحرير أنه لايصح بالحال اهـ .

(٤) (قوله وهما عبارتان الخ) هكذا بخطه بالتثنية والذى تقدم وهى عبارة بالإفراد اهـ .

لـكن فى الولوالجية : إن بدأ البائع فقبل المشترى بنعم لم ينعقد، لأنه ليس بتحقيق(١) وبعكسه صح لأنه جواب وفى القنية نعم بعد الاستفهام كهل بعت منى بكذا بيع إن نقد الثمن(٢) لأن النقد دليل التحقيق ولو قال: بعته فبلغه يافلان فبلغه غيره جاز فليحفظ (ولا يتوقف شطر العقد فيه) أى البيع (على قبول غائب) فلو قال بعت فلانا الغائب فبلغه فقبل لم ينعقد (اتفاقا) إلا إذا كان بكتابة أو رسالة فيعتبر مجلس بلوغها (كما) لا يتوقف (فى النكاح على الأظهر) خلافا للثانى ،

فيما لو قال اشتريت منك هذا بألف فقال نعم اه ونحوه فى الفتح (قوله لـكن فى الولوالجية الخ) ومثله مافى التتارخانية بعت منك هذا بألف فقال المشترى قد فعلت ، فهذا بيع ولو قال نعم لا يكون بيعا وذكر فى فتاوى سمرقندى أن من قال لغيره اشتريت عبدك هذا بألف درهم فقال البائع قد فعلت ، أو قال نعم أو قال هات الثمن صح البيع وهو الأصح اه فهذا أيضا صريح فى أنه لا يكون قبولا من المشترى (قوله لأنه ليس بتحقيق) لأن قول المشترى نعم تصديق لقول البائع بعتك ، ولا يتحقق البيع بمجرد قوله بعتك ، بخلاف قول البائع نعم بعد قول المشترى اشتريت ، لأنه جواب له فـكأنه قال نعم اشتريت منى والشراء يتوقف على سبق البيع هذا ماظهرلى فتأمله (قوله وفى القنية الخ) استدراك أيضا على المتن بأنه يكون إيجابا أيضا كما نبهنا عليه وعبارتها كمافى البحر: كهل بعت منى بكذا أو هل اشتريت منى بكذا الخ وظاهره أن نقد الثمن قائم مقام القبول لأن نعم بعد الاستفهام إيجاب فقط ، فـكان النقد بمنزلة قوله أخذته أو رضيت ولا يشترط فى القبول أن يكون قولا كما نقلناه سابقا عن الفتح (قوله ولو قال بعته الخ) المناسب ذكر هذا الفرع عقب قوله الآتى إلا إذا كان بكتابة أو رسالة، ووجه الجواز مانقل عن المحيط أنه حين قال بلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ فـكل من بلغه كان التبليغ برضاه فإن قبل صح البيع (قوله ولا يتوقف) أى بل يبطل ح (قوله شطر العقد) المراد به(٣) الإيجاب الصادر أولا (قوله فيه) أى البيع احتراز عن الخلع والعتق كما يأتى (قوله فبلغه) أى من غير أن يأمر أحدا بتبليغه كما فى الخلاصة ، أما لو أمر أحدا به فبلغه وقبل يصح ولو كان المبلغ غير المأمور كما مر آنفا (قوله إلا إذا كان بـكتابة أو رسالة) صورة الـكتابة أن يكتب أما بعد فقد بعت عبدى فلانا منك بكذا فلما بلغه الـكتاب قال فى مجلسه ذلك اشتريت تم البيع بينهما: وصورة الإرسال أن يرسل رسولا فيقول البائع بعت هذا من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يافلان وقل له فذهب الرسول فأخبره بما قال فقبل المشترى فى مجلسه ذلك وفى النهاية وكذا هذا فى الإجارة والهبة والـكتابة بحر :

قلت: ويكون بالـكتابة من الجانبين فإذا كتب اشتريت عبدك فلانا بكذا فـكتب إليه البائع قد بعت فهذا بيع كما فى التتارخانية (قوله فيعتبر مجلس بلوغها) أى بلوغ الرسالة أو الـكتابة قال فى الهداية : والـكتابة كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الـكتابة وأداء الرسالة اه وفى غاية البيان وقال شمس الأئمة السرخسى فى كتاب النكاح من مبسوطه: كما ينعقد النكاح بالـكتابة ينعقد البيع وسائر التصرفات بالـكتابة أيضا. وذكر شيخ الإسلام

(١) (قوله الشارح ليس بتحقيق الخ) ألا ترى إذا قال لامرأته اختارى نفسك فقالت قد فعلت كان هذا اختيارا ، ولو قالت نعم لا اه ط .

(٢) (قوله الشارح إن نقد الثمن) يفهم من هذا أنه إذا قبل المشترى بنعم كما فى مسألة الولوالجية ونقد الثمن ينعقد بل هو أولى لعدم الاستفهام فيه اه ص .

(٣) (قوله المراد به الخ) لأنه هو الذى يوصف بكونه يتوقف أولا لا القبول لوقوعه متمما للعقد اه ط .

فله الرجوع لأنه عقد معاوضة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث يتوقف اتفاقا فلا رجوع لأنه يمين نهاية (وأما الفعل فالتعاطى) وهوالتناول قاموس (فى خسيس ونفيس) خلافا للكرخى

خواهر زاده فى مبسوطه الكتاب والخطاب سواء إلا فى فصل واحد وهو أنه لو كان حاضرا فخاطبها بالنكاح ، فلم تجب فى مجلس الخطاب ، ثم أجابت فى مجلس آخر ، فإن النكاح لايصح وفى الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه فى المجلس الذى قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها فى مجلس آخر بين يدى الشهود ، وقد سمعوا كلامها ومافى الكتاب يصح النكاح لأن الغائب إنما صار خاطبا لها بالكتاب والكتاب باق فى المجلس الثانى فصار بقاء الكتاب فى مجلسه وقد سمع الشهود مافيه فى المجلس الثانى بمنزلة مالو تكرر الخطاب من الحاضر فى مجلس آخر فأما إذا كان حاضرا فإنما صار خاطبا لها بالكلام ، وما وجد من الكلام لايبقى إلى المجلس الثانى وإنما سمع الشهود فى المجلس الثانى أحد شطرى العقد اهـ :

وحاصله : أن قوله تزوجتك بكذا إذا لم يوجد قبول يكون مجرد خطبة منه لها ، فإذا قبلت فى مجلس آخر لا يصح بخلاف ما لو كتب ذلك إليها لأنها لما قرأت الكتاب ثانيا وفيه قوله تزوجتك بكذا ، وقبلت عند الشهود صح العقد كما لو خاطبها به ثانيا : وظاهره أن البيع كذلك وهوخلاف ظاهر الهداية فتأمل. ثم لايخفى أن قراءة الكتاب صارت بمنزلة الإيجاب من الكاتب ، فإذا قبل المكتوب إليه فى المجلس فقد صدر الإيجاب والقبول فى مجلس واحد فلا حاجة إلى قوله إلا إذا كان بكتابة أو رسالة نعم بالنظر إلى مجلس الكتابة يصح فإنه لما كتب بعتك لم يبلغ بل توقف على القبول وإن كان ذلك القبول متوقفا على قراءة الكتاب فافهم (قوله فله الرجوع) ليس المراد أن الموجب له الرجوع فى هذه الصورة ، فإن الإيجاب إذا كان باطلا فلا معنى للرجوع عنه بل المراد أن الموجب له الرجوع قبل قبول الحاضر ، قال فى المنح : ثم فى كل موضع لايتوقف شطر العقد فإنه يجوز من العاقد الرجوع عنه ، ولايجوز تعليقه بالشرط لأنه عقد معاوضة وفى كل موضع يتوقف كالخلع والعتق على مال لايصح الرجوع ، ويصح التعليق بالشرط لكونه يمينا من جانب الزوج والمولى معاوضة من جانب الزوجة والعبد اهـ ح (قوله لأنه يمين) أى من جانب الزوج والمولى وذلك أن اليمين بغير الله تعالى ذكر الشرط والجزاء والخلع والعتق تعليق الطلاق والعتق بقبول المرأة والعبد وهما من جانب المرأة والعبد معاوضة فحيث كان يمينا من جانب الزوج والمولى امتنع الرجوع وتمامه فى العزمية (قوله وأما الفعل) عطف على قوله أما القول (قوله وهو التناول قاموس) قال فى البحر : وهكذا فى الصحاح والمصباح ، وهو إنما يقتضى الاعطاء من جانب والأخذ من جانب لا الإعطاء من الجانبين كما فهم الطرسوسى أى حيث قال : إن حقيقة التعاطى وضع الثمن ، وأخذ المثمن عن تراض منهما من غير لفظ ، وهو يفيد أنه لابد من الاعطاء من الجانبين لأنه من المعاطاة وهى مفاعلة اهـ .

قلت : وقوله من غير لفظ يفيد ماقدمناه عن الفتح من أنه لو قال : بعتكه بألف فقبضه المشترى ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا وليس من بيع التعاطى ، خلافا لمن جعله منه فإن التعاطى ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن (قوله فى خسيس ونفيس) النفيس ماكثر ثمنه كالعبد والخسيس ماقل ثمنه كالخبز ومنهم من حد النفيس بنصاب السرقة فأكثر والخسيس بمادونه والإطلاق هو المعتمد ط عن البحر :

قلت : ليس فى البحر قوله والإطلاق هو المعتمد نعم ذكره فى شمول التعاطى للخسيس والنفيس ، فقال : وهو الصحيح المعتمد (قوله خلافا للكرخى) فإنه قال لاينعقد إلا فى الخسيس ط عن القهستانى وما فى الحاوى

(ولو) التعاطى (من أحد الجانبين على الأصح) فتح وبه يفتى فيض (إذا لم يصرح معه) مع التعاطى (بعدم الرضا) فلو دفع الدراهم وأخذ البطاطيخ والبائع يقول لا أعطيها بها لم ينعقد كما لو كان بعد عقد فاسد خلاصة وبزازية وصرح فى البحر بأن الإيجاب والقبول بعد عقد فاسد لاينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد

القدسى من أن هذا هو المشهور فهو خلاف المشهور كما فى البحر (قوله ولو التعاطى من أحد الجانبين) صورته أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشترى المتاع ، ويذهب برضا صاحبه من غير دفع الثمن ، أو يدفع المشترى الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع ، فإن البيع لازم على الصحيح ، حتى لو امتنع أحدهما بعده أجبره القاضى وهذا فيما ثمنه غير معلوم أما الخبز واللحم ، فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن ذكره فى البحر . والمراد فى صورة دفع الثمن فقط أن المبيع موجود معلوم لكن المشترى دفع ثمنه ولم يقبضه ط . وفى القنية دفع إلى بائع الحنطة خمسة دنانير ليأخذ منه حنطة ، وقال له بكم تبيعها فقال مائة بدينار فسكت المشترى ، ثم طلب منه الحنطة ليأخذها فقال البائع غدا أدفع لك ولم يجر بينهما بيع ، وذهب المشترى فجاء غدا ليأخذ الحنطة ، وقد تغير السعر فعلى البائع أن يدفعها بالسعر الأول قال رضى الله عنه : وفى هذه الواقعة أربع مسائل : إحداها الانعقاد بالتعاطى . الثانية : الانعقاد فى الخسيس والنفيس ، وهو الصحيح . الثالثة : الانعقاد به من جانب واحد. الرابعة : كما ينعقد بإعطاء المبيع ينعقد بإعطاء الثمن اهـ .

قلت : وفيها مسألة خامسة أنه ينعقد به ولو تأخرت معرفة المثمن لكون دفع الثمن قبل معرفته بحر (قوله لم ينعقد) أى وإن كان يعلم عادة السوقة أن البائع إذا لم يرض برد الثمن أو يسترد المتاع وإلا يكون راضيا به ، ويصح حلفه لا أعطيها تطييبا لقلب المشترى فإنه مع هذا لايصح البيع قنية .

مطلب البيع بالتعاطى

(قوله كما لو كان) أى البيع بالتعاطى بعد عقد فاسد ، وعبارة الخلاصة اشترى رجل من وسائدى وسائد ووجوه الطنافس ، وهى غير منسوجة بعد ولم يضرب له أجلا لم يجز فلو نسج الوسائد ووجوه الطنافس وسلم إلى المشترى لايصير هذا بيعا بالتعاطى لأنهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق وأنه وقع باطلا اهـ وعبارة البزازية والتعاطى إنما يكون بيعا إذا لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل سابق أما إذا كان بناء عليه فلا اهـ (قوله لا ينعقد بهما البيع قبل متاركة الفاسد) يتفرع عليه مافى الخانية : لو اشترى ثوبا شراء فاسدا ثم لقيه غدا فقال : قد بعتنى ثوبك هذا بألف درهم فقال : بلى فقال قد أخذته فهو باطل وهذا على ماكان قبله من البيع الفاسد فإن كانا تتاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم اهـ .

قلت : لكن فى النهاية والفتح وغيرهما عند قول الهداية ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم الخ البيع بالرقم فاسد لأن فيه زيادة جهالة تمكنت فى صلب العقد وهى جهالة الثمن برقم لايعلمه المشترى ، فصار بمنزلة القمار وعن هذا قال شمس الأئمة الحلوانى ، وإن علم بالرقم فى المجلس لاينقلب ذلك العقد جائزا ، ولكن إن كان البائع دائما على الرضا فرضى به المشترى ينعقد بينهما عقد بالتراضى اهـ وعبر فى الفتح بالتعاطى ، والمراد واحد وسيأتى أيضا فى باب البيع الفاسد أن بيع الآبق لايصح ، وأنه لو باعه ثم عاد وسلمه يتم البيع فى رواية وظاهر الرواية أنه لايتم قال فى البحر هناك وأولوا الرواية الأولى بأنه ينعقد بيعا بالتعاطى اهـ .

وظاهر هذا عدم اشتراط متاركة الفاسد ، وقد يجاب على بعد بحمل الاشتراط على ما إذا كان التعاطى بعد المجلس

ففي بيع التعاطي[1] بالأولى ، وعليه فيحمل مافى الخلاصة وغيرها على ذلك ، وتمامه فى الأشباه من الفوائد إذا بطل المتضمن بطل المتضمن ، والمبنى على الفاسد فاسد (وقيل لابد) فى التعاطى (من الإعطاء من الجانبين وعليه الأكثر) قاله الطرسوسى ، واختاره البزازى . وأفتى به الحلوانى واكتفى الكرمانى بتسليم المبيع مع بيان الثمن فتحرر ثلاثة أقوال وقد علمت المفتى به وحررنا فى شرح الملتقى صحة الإقالة والإجارة والصرف بالتعاطى فليحفظ .

أما فيه فلا يشترط كما هنا والفرق أنه بعد المجلس يتقرر الفساد من كل وجه فلابد من المتاركة أما فى المجلس ، فلا يتقرر من كل وجه فتحصل المتاركة ضمنا تأمل ، ويحتمل وهو الظاهر أن يكون فى المسألة قولان وانظر ما يأتى عند قوله وفسد فى الكل فى بيع ثلة الخ . هذا وما ذكره عن الحلوانى فى البيع بالرقم جزم بخلافه فى الهندية آخر باب المرابحة ، وذكر أن العلم فى المجلس يجعل كابتداء العقد ، ويصير كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبه جزم فى الفتح هناك أيضا (قوله ففي بيع التعاطى بالأولى الخ) مأخوذ من البحر حيث قال : ففي بيع التعاطى بالأولى ، وهو صريح الخلاصة والبزازية إن التعاطى بعد عقد فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع ، لأنه بناء على السابق وهو محمول على ماذكرناه اه وقوله : على ماذكرناه أى من أن عدم الانعقاد قبل متاركة الأول وهو معنى قول الشارح ، فيحمل مافى الخلاصة وغيرها على ذلك ومراده بما فى الخلاصة ماقدمه من قوله كما لو كان بعد عقد فاسد ، ونقلنا عبارتها وعبارة البزازية وليس فيها التقييد بما قبل متاركة الأول فقيده الشارح به تبعا للبحر لئلا يخالف كلام غيرها فافهم (قوله وتمامه فى الأشباه من الفوائد) أى فى آخر الفن الثالث ، وليس فيه زيادة على أصل المسألة فلعله أراد ما كتب على الأشباه فى ذلك الموضع أو ماأشبه هذه المسألة مما تفرع على الأصل المذكور (قوله إذا بطل المتضمن) بالكسر بطل المتضمن بالفتح فإنه لما بطل البيع الأول بطل ماتضمنه من القبض إذا كان قبل المتاركة قال ح وهو بدل من الفوائد بدل بعض من كل اه ط وفى هذه القاعدة بحث سنذكره عند الكلام على بيع الثمرة البارزة (قوله فتحرر ثلاثة أقوال) هذا الاختلاف نشأ من كلام الإمام محمد ، فإنه ذكر بيع التعاطى فى مواضع ، فصوره فى موضع بالإعطاء من الجانبين ، ففهم منه البعض أنه شرط وصوره فى موضع بالإعطاء من أحدهما ففهم البعض أنه يكتفى به وصوره فى موضع بتسليم المبيع ففهم البعض أن تسليم الثمن لايكفى بحر عن الذخيرة ط (قوله وحررنا فى شرح الملتقى الخ) عبارته عن البزازية الاقالة تنعقد بالتعاطى أيضا من أحد الجانبين على الصحيح اه وكذا الإجارة كما فى العمادية ، وكذا الصرف كما فى النهر مستدلا عليه بما فى التتارخانية : اشترى عبدا بألف درهم على أن المشترى بالخيار ، فأعطاه مائة دينار ثم فسخ البيع ، فعلى قول الإمام الصرف جائز ويرد الدراهم وعلى قول أبى يوسف الصرف باطل وهى فائدة حسنة لم أر من نبه عليها اه .

[تتمة] طالب مديونه فبعث إليه شعيرا قدرا معلوما وقال : خذه بسعر البلد والسعر لهما معلوم كان بيعا وإن لم يعلماه فلا ومن بيع التعاطى تسليم المشترى ما اشتراه إلى من يطلبه بالشفعة فى موضع لاشفعة فيه ، وكذا تسليم الوكيل بالشراء إلى الموكل بعد ما أنكر التوكيل ومنه حكما ما إذا جاء المودع بأمة غير المودعة ، وحلف حل للمودع وطؤها وكان بيعا بالتعاطى . وعن أبى يوسف لو قال للخياط ليست هذه بطانتى فحلف الخياط أنها هى وسعه أخذها ، وينبغى تقييده بما إذا كانت العين للدافع ومنه لو ردها بخيار عيب والبائع متيقن أنها ليست له فأخذها ورضى بها

---

(١) (قوله الشارح فى بيع التعاطى الخ) أى فعدم انعقاد بيع التعاطى بعد الفاسد قبل المتاركة بالأولى لأن بعض المجتهدين يمنع بيع التعاطى ونصوا على أن من شهد بيع التعاطى لا يسعه أن يشهد أنه باع بل يشهد التعاطى اه ط .

[فروع] مايستجره الإنسان من البياع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحسانا : بيع البراآت التى يكتبها الديوان على العمال لا يصح بخلاف بيع حظوظ الأئمة

كما فى الفتح ،وعلى هذا فلابد من الرضا فى جارية الوديعة والبطانة وتمامه فى البحر (قوله مايستجره الإنسان الخ) ذكر فى البحر أن من شرائط المعقود عليه أن يكون موجودا ، فلم ينعقد بيع المعدوم ثم قال ومما تسامحوا فيه ، وأخرجوه عن هذه القاعدة مافى القنية الأشياء التى تؤخذ من البياع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم اشتراها بعد ما انعدمت صح اه فيجوز بيع المعدوم هنا اه . وقال بعض الفضلاء : ليس هذا بيع معدوم إنما هو من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفا تسهيلا للأمر ودفعا للحرج كما هو العادة وفيه أن الضمان بالإذن مما لايعرف فى كلام الفقهاء حموى ، وفيه أيضا أن ضمان المثليات بالمثل لا بالقيمة والقيميات بالقيمة لا بالثمن ط .

قلت : كل هذا قياس ، وقد علمت أن المسألة استحسان ويمكن تخريجها على فرض الأعيان ، ويكون ضمانها بالثمن استحسانا وكذا حل الانتفاع فى الأشياء القيمية ، لأن قرضها فاسد لايحل الانتفاع به ، وإن ملكت بالقبض وخرجها فى النهر على كون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطى ، وأنه لايحتاج فى مثله إلى بيان الثمن لأنه معلوم اه واعترضه الحموى بأن أثمان هذه تختلف فيفضى إلى المنازعة اه .

قلت : مافى النهر مبنى على أن الثمن معلوم ، لكنه على هذا لايكون من بيع المعدوم بل كلما أخذ شيئا انعقد بيعا بثمنه المعلوم قال فى الولوالجية : دفع دراهم إلى خباز فقال : اشتريت منك مائة منّ من خبز ، وجعل يأخذ كل يوم خمسة أمناء فالبيع فاسد وما أكل فهو مكروه ، لأنه اشترى خبزا غير مشار إليه ، فكان المبيع مجهولا ولو أعطاه الدراهم ، وجعل يأخذ منه كل يوم خمسة أمناء ولم يقل فى الابتداء اشتريت منك يجوز وهذا حلال وإن كان نيته وقت الدفع الشراء ، لأنه بمجرد النية لاينعقد البيع ، وإنما ينعقد البيع الآن بالتعاطى والآن المبيع معلوم فينعقد البيع صحيحا اه .

قلت : ووجهه أن ثمن الخبز معلوم فإذا انعقد بيعا بالتعاطى وقت الأخذ مع دفع الثمن قبله ، فكذا إذا تأخر دفع الثمن بالأولى ، وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوما وقت الأخذ مثل الخبز واللحم أما إذا كان ثمنه مجهولا فإنه وقت الأخذ لاينعقد بيعا بالتعاطى لجهالة الثمن ، فإذا تصرف فيه الآخذ وقد دفعه البياع برضاه بالدفع وبالتصرف فيه على وجه التعويض عنه لم ينعقد بيعا ، وإن كان على نية البيع لما علمت من أن البيع لاينعقد بالنية ، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو بقيمته فإذا توافقا على شئ بدل المثل أو القيمة برئت ذمة الآخذ ، لكن يبقى الإشكال فى جواز التصرف فيه إذا كان قيميا فإن قرض القيمى لايصح فيكون تصحيحه هنا استحسانا كقرض الخبز والخميرة ويمكن تخريجه على الهبة بشرط العوض ، أو على المقبوض على سوم الشراء . ثم رأيته فى الأشباه فى القول فى ثمن المثل حيث قال : ومنها لو أخذ من الأرز والعدس وما أشبهه ، وقد كان دفع إليه دينارا مثلا لينفق عليه ثم اختصما بعد ذلك فى قيمته هل تعتبر قيمته يوم الأخذ أو يوم الخصومة . قال فى التتمة : تعتبر يوم الأخذ قيل له لو لم يكن دفع إليه شيئا بل كان يأخذ منه على أن يدفع إليه ثمن مايجتمع عنده قال يعتبر وقت الأخذ لأنه سوم حين ذكر الثمن اه (قوله بيع البراءات) جمع براءة وهى الأوراق التى يكتبها كتاب الديوان على العاملين على البلاد بحظ كعطاء أو على الأكارين بقدر ماعليهم وسميت براءة لأنه يبرأ بدفع مافيها ط (قوله بخلاف بيع حظوظ الأئمة) بالحاء المهملة والظاء المشالة جمع حظ ، بمعنى : النصيب المرتب له من الوقف أى فإنه يجوز بيعه ، وهذا مخالف لما فى الصيرفية فإن مؤلفها سئل عن بيع الحظ فأجاب لايجوز ط عن حاشية الأشباه .

لأن مال الوقف قائم ثمة ولا كذلك هنا أشباه وقنية . ومفاده : أنه يجوز للمستحق بيع خبزه قبل قبضه من المشرف بخلاف الجندى بحر وتعقبه فى النهر وأفتى المصنف ببطلان بيع الجامكية ، لما فى الأشباه بيع الدين إنما يجوز من المديون ،

قلت : وعبارة الصيرفية هكذا سئل عن بيع الخط قال : لايجوز لأنه لايخلو إما إن باع مافيه أو عين الخط لاوجه للأول لأنه بيع ماليس عنده ولا وجه للثانى لأن هذا القدر من الكاغد ليس متقوما بخلاف البراءة ، لأن هذه الكاغدة متقومة اه .

قلت : ومقتضاه أن الخط بالخاء المعجمة والطاء المهملة ، وهذا لايخالف ماذكره الشارح لأن المراد بخطوط الأئمة ماكان قائما فى يد المتولى من نحو خبز أو حنطة قد استحقه الإمام وكلام الصيرفية فيما ليس بموجود (قوله ثمة) أى هناك أى فى مسألة بيع حظوظ الأئمة وأشار إليها بالبعيد لأن الكلام كان فى بيع البراآت ولذا أشار إليها بلفظ هنا (قوله من المشرف) أى المباشر الذى يتولى قبض الخبز (قوله بخلاف الجندى) أى إذا باع الشعير المعين لعلف دابته من حاشية السيد أبى السعود .

مطلب فى بيع الاستجرار

(قوله وتعقبه فى النهر) أى تعقب ماذكر من مسألة بيع الاستجرار ومابعده حيث قال أقول الظاهر أن مافى القنية ضعيف لاتفاق كلمتهم على أن بيع المعدوم لايصح ، وكذا غير المملوك وما المانع من أن يكون المأخوذ من العدس ونحوه بيعا بالتعاطى ولا يحتاج فى مثله إلى بيان الثمن لأنه معلوم كما سيأتى وحظ الإمام لايملك قبل القبض فأنى يصح بيعه وكن على ذكر مما قاله ابن وهبان فى كتاب الشرب مافى القنية إذا كان مخالفا للقواعد لا التفات إليه مالم يعضده نقل من غيره اه وقدمنا الكلام على بيع الاستجرار وأما بيع حظ الإمام فالوجه ماذكره من عدم صحة بيعه ، ولا ينافى ذلك أنه لو مات يورث عنه لأنه أجرة استحقها ولا يلزم من الاستحقاق الملك ، كما قالوا فى الغنيمة بعد إحرازها بدار الإسلام فإنها حق تأكد بالإحراز ، ولايحصل الملك فيها للغانمين إلا بعد القسمة والحق المتأكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب ، بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط كما فى الفتح . وعن هذا بحث فى البحر هناك بأنه ينبغى التفصيل فى معلوم المستحق بأنه إن مات بعد خروج الغلة وإحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيبه لتأكد الحق فيه كالغنيمة بعد الإحراز وإن مات قبل ذلك لايورث لكن قدمنا هناك أن معلوم الإمام له شبه الصلة وشبه الأجرة والأرجح الثانى ، وعليه يتحقق الإرث ولو قبل إحراز الناظر . ثم لايخفى أنها لا تملك قبل قبضها فلا يصح بيعها .

مطلب فى بيع الجامكية

(قوله وأفتى المصنف الخ) تأييد لكلام النهر وعبارة المصنف فى فتاواه سئل عن بيع الجامكية : وهو أن يكون لرجل جامكية فى بيت المال ويحتاج إلى دراهم معجلة قبل أن تخرج الجامكية فيقول له رجل : بعتنى جامكيتك التى قدرها كذا بكذا أنقص من حقه فى الجامكية فيقول له : بعتك فهل البيع المذكور صحيح أم لا لكونه بيع الدين بنقد أجاب إذا باع الدين من غير من هو عليه كما ذكر لايصح قال مولانا فى فوائده وبيع الدين لايجوز ولو باعه من المديون

وفيها وفى الأشباه لايجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة كحق الشفعة وعلى هذا لايجوز الاعتياض عن الوظائف بالأوقاف وفيها فى آخر بحث تعارض العرف مع اللغة المذهب عدم اعتبار العرف الخاص لكن أفتى كثير باعتباره

أو وهبه (١) اه (قوله وفيها) الظاهر أن الضمير للقنية ويحتمل عوده لفتاوى المصنف المفهومة من أفتى، وأما ضمير وفيها الآتية فللأشباه اه ح.

مطلب لايجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة

(قوله لايجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة عن الملك) قال فى البدائع الحقوق المفردة لا تحتمل التمليك ولا يجوز الصلح عنها.

أقول: وكذا لا تضمن بالإتلاف قال فى شرح الزيادات للسرخسى وإتلاف مجرد الحق لا يوجب الضمان لأن الاعتياض عن مجرد الحق باطل إلا إذا فوت حقا مؤكدا، فإنه يلحق بتفويت حقيقة الملك فى حق الضمان كحق المرتهن، ولذا لا يضمن بإتلاف شىء من الغنيمة أو وطء جارية منها قبل الإحراز لأن الفائت مجرد الحق وأنه غير مضمون وبعد الإحراز بدار الإسلام، ولو قبل القسمة يضمن لتفويت حقيقة الملك ويجب عليه القيمة فى قتله عبدا من الغنيمة بعد الإحراز فى ثلاث سنين بيرى، وأراد بقوله لتفويت حقيقة الملك الحق المؤكد إذ لا تحصل حقيقة الملك إلا بعد القسمة كما مر (قوله كحق الشفعة) قال فى الأشباه: فلو صالح عنها بمال بطلت ورجع، ولو صالح المخيرة بمال لتختاره بطل ولا شىء لها ولو صالح إحدى زوجتيه بمال لتترك نوبتها لم يلزم ولا شىء لها وعلى هذا لا يجوز الاعتياض عن الوظائف فى الأوقاف وخرج عنها حق القصاص (٢) وملك النكاح وحق الرق فإنه يجوز الاعتياض عنها كما ذكره الزيلعى فى الشفعة والكفيل بالنفس إذا صالح المكفول له بمال لا يصح ولا يجب، وفى بطلانها روايتان، وفى بيع حق المرور فى الطريق روايتان وكذا بيع الشرب إلا تبعا اه.

مطلب فى الاعتياض عن الوظائف والنزول عنها

(قوله وعلى هذا لايجوز الاعتياض عن الوظائف بالأوقاف) من إمامة وخطابة وأذان وفراشة وبوابة، ولا على وجه البيع أيضا لأن بيع الحق لايجوز كما فى شرح الأدب وغيره وفى الذخيرة: أن أخذ الدار بالشفعة أمر عرف بخلاف القياس فلا يظهر ثبوته فى حق جواز الاعتياض عنه اه.

أقول: والحق فى الوظيفة مثله والحكم واحد بيرى (قوله المذهب عدم اعتبار العرف الخاص) قال فى المستصفى التعامل (٣). العام أى الشائع المستفيض، والعرف المشترك لايصلح الرجوع إليه مع التردد اه وفى محل آخر منه

---

(١) (قوله ولو باعه من المديون أو وهبه الخ) قال ط بقى ما إذا باعها من ملتزم عليه ميرى الديوان، وقد وجه عليه والظاهر أن هذا بمنزلة الحوالة فإن حاصله: أن الإمام أو نائبه وجهه بماله على هذا الشخص فإذا أخذ منه بقدره لا يقال إنه بيع اه.

(٢) (قوله وخرج عنها حق القصاص الخ) أى خرج عن القاعدة المذكورة التى هى قوله: لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة وليس المراد أنه خرج عن الحقوق المجردة القصاص الخ بمعنى أنه خرج عن أحكامها لأن القصاص وما ذكر حقوق لاتضمن بالإتلاف ألا ترى أنه لو قتل القاتل شخص لا يضمن لورثة مقتوله شيئا اه.

(٣) (قوله قال فى المستصفى التعامل الخ) عبارة ط ونقل العلامة البيرى عن المستصفى أن العبرة للتعامل العام أى الشائع المستفيض قال والعرف المشترك لايصلح الرجوع إليه اه

وعليه فيفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال

ولا يصلح مقيدا لأنه لما كان مشتركا كان متعارضا اه بيرى وفى الأشباه عن البزازية ، وكذا أى تفسد الإجارة لودفع إلى حائك غزلا على أن ينسجه بالثلث ومشايخ بلخ وخوارزم أفتوا بجواز إجارة الحائك للعرف ،وبه أفتى أبو على النسفى أيضا والفتوى على جواب الكتاب ،لأنه منصوص عليه فيلزم إبطال النص اه فأفاد أن عدم اعتباره بمعنى أنه إذا وجد النص ، بخلافه لايصلح ناسخا للنص ،ولا مقيدا له وإلا فقد اعتبروه فى مواضع كثيرة منها مسائل الأيمان ،وكل عاقد وواقف ،وحالف يحمل كلامه على عرفه كما ذكره ابن الهمام وأفاد مامر أيضا أن العرف العام يصلح مقيدا ، ولذا نقل البيرى فى مسألة الحائك المذكورة قال السيد الشهيد : لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ بل نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين ، لأن التعامل فى بلد لايدل على الجواز مالم يكن على الاستمرار من الصدر الأول فيكون ذلك دليلا على تقرير النبي عليه الصلاة والسلام إياهم على ذلك ،فيكون شرعا منه فإذا لم يكن كذلك لايكون فعلهم حجة إلا إذا كان كذلك من الناس كافة فى البلدان كلها فيكون إجماعا والإجماع حجة ألا ترى أنهم لو تعاملوا على بيع الخمر والربا لايفتى بالحل اه .

قلت : وبه ظهر الفرق بين العرف الخاص والعام وتمام الكلام على هذه المسألة مبسوط فى رسالتنا المسماة : بنشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف .

مطلب فى النزول عن الوظائف بمال

(قوله وعليه فيفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال) قال العلامة العينى فى فتاواه : ليس للنزول شيء يعتمد عليه ولكن العلماء والحكام مشوا ذلك للضرورة ، واشترطوا إمضاء الناظر لئلا يقع فيه نزاع اه ملخصا من حاشية : الأشباه للسيد أبى السعود ، وذكر الحموى أن العينى ذكر فى شرح نظم درر البحار فى باب القسم بين الزوجات إنه سمع من بعض شيوخه الكبار أنه يمكن أن يحكم بصحة النزول عن الوظائف الدينية قياسا على ترك المرأة قسمها لصحبتها لأن كلامنهما مجرد إسقاط اه .

مطلب فى العرف الخاص والعام

قلت : وقدمنا فى الوقف عن البحر أن للمتولى عزل نفسه ، عند القاضى ، وأن من العزل الفراغ لغيره عن وظيفة النظر أو غيره ، وأنه لاينعزل بمجرد عزل نفسه خلافا للعلامة قاسم ، بل لابد من تقرير القاضى المفروغ له لو أهلا وأنه لايلزم القاضى تقريره ، ولو أهلا وأنه جرى العرف بالفراغ بالدراهم ،ولايخفى مافيه فينبغى الإبراء العام بعده اه أى لما فيه من شبهة الاعتياض عن مجرد الحق ، وقد مر أنه لايجوز وليس فيما ذكر عن العينى جوازه لكن قال الحموى وقد استخرج شيخ مشايخنا نور الدين على المقدسى صحة الاعتياض عن ذلك فى شرحه على نظم الكنز من فرع فى مبسوط السرخسى : وهو أن العبد الموصى برقبته لشخص ،وبخدمته لآخر او قطع طرفه أوشج موضحة فأدى الأرش ، فإن كانت الجناية تنقص الخدمة يشترى به عبد آخر يخدمه أو يضم إليه ثمن العبد بعد بيعه فيشترى به عبد يقوم مقام الأول فإن اختلفا فى بيعه لم يبع ، وإن اصطلحا على قسمة الأرش بينهما نصفين فلهما ذلك ولا يكون مايستوفيه الموصى له بالخدمة من الأرش بدل الخدمة لأنه لايملك الاعتياض عنها ، ولكنه إسقاط لحقه به كما لو صالح موصى له بالرقبة على مال دفعه للموصى له بالخدمة ليسلم العبد له اه قال : فربما يشهد هذا النزول عن الوظائف بمال اه قال الحموى : فليحفظ هذا فإنه نفيس جدا اه وذكر نحوه البيرى عند قول الأشباه ، وينبغى

أنه لو نزل له وقبض المبلغ ، ثم أراد الرجوع عليه لايملك ذلك فقال أى على وجه إسقاط الحق إلحاقا له بالوصية بالخدمة والصلح عن الألف على خمسمائة ، فإنهم قالوا يجوز أخذ العوض على وجه الإسقاط للحق ، ولا ريب أن الفارغ يستحق المنزول به (١) . استحقاقا خاصا بالتقرير ، ويؤيده مافى خزانة الأكمل وإن مات العبد الموصى بخدمته بعد ماقبض الموصى له بدل الصلح فهو جائز اه ، ففيه دلالة على أنه لارجوع على النازل ، وهذا الوجه هو الذى يطمئن به القلب لقربه اه كلام البيرى ، ثم استشكل ذلك بما مر من عدم جواز الصلح عن حق الشفعة والقسم فإنه يمنع جواز أخذ العوض هنا ثم قال : ولقائل أن يقول هذا حق جعله الشرع لدفع الضرر ، وذلك حق فيه صلة ولا جامع بينهما فافترقا وهو الذى يظهر اه .

وحاصله : أن ثبوت حق الشفعة للشفيع ، وحق القسم للزوجة وكذا حق الخيار فى النكاح للمخيرة إنما هو لدفع الضرر عن الشفيع والمرأة ، وما ثبت لذلك لايصح الصلح عنه لأن صاحب الحق لما رضى علم أنه لايتضرر بذلك فلا يستحق شيئا أما حق الموصى له بالخدمة ، فليس كذلك بل ثبت له على وجه البر والصلة فيكون ثابتا له أصالة فيصح الصلح عنه إذا نزل عنه لغيره ، ومثله مامر عن الأشباه من حق القصاص والنكاح والرق حيث صح الاعتياض عنه لأنه ثابت لصاحبه أصالة لاعلى وجه رفع الضرر عن صاحبه ولايخفى أن صاحب الوظيفة ثبت له الحق فيه بتقرير القاضى على وجه الأصالة لاعلى وجه رفع الضرر ، فالحاقها بحق الموصى له بالخدمة ، وحق القصاص وما بعده أولى من إلحاقها بحق الشفعة والقسم ، وهذا كلام وجيه لايخفى على نبيه وبه اندفع ماذكره بعض محشى الأشباه من أن المال الذى يأخذه النازل ، عن الوظيفة رشوة ، وهى حرام بالنص ، والعرف لايعارض النص وجه الدفع ماعلمت من أنه صلح عن حق كما فى نظائره والرشوة لاتكون بحق واستدل بعضهم للجواز بنزول سيدنا الحسن ابن سيدنا على رضى الله تعالى عنهما عن الخلافة لمعاوية على عوض ، وهو ظاهر أيضا وهذا أولى مما قدمناه فى الوقف عن الخيرية من عدم الجواز ومن أن للمفروغ له الرجوع بالبدل ، بناء على أن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص ، وأنه لايجوز الاعتياض عن مجرد الحق لما علمت من أن الجواز ليس مبنيا على اعتبار العرف الخاص ، بل على ماذكرنا من نظائره الدالة عليه وأن عدم جواز الاعتياض عن الحق ليس على إطلاقه . ورأيت بخط بعض العلماء عن المفتى أبى السعود أنه أفتى بجواز أخذ العوض فى حق القرار والتصرف ، وعدم صحة الرجوع وبالجملة فالمسألة ظنية والنظائر المتشابهة للبحث فيها مجال وإن كان الأظهر فيها ماقلنا فالأولى ماقاله فى البحر من أنه ينبغى الإبراء العام بعده والله سبحانه وتعالى أعلم :

[تنبيه] ماقلنا فى الفراغ عن الوظيفة يقال مثله فى الفراغ عن حق التصرف فى مشد مسكة الأراضى ويأتى بيانها قريبا وكذا فى فراغ الزعيم عن (٢) تيماره ، ثم إذا فرغ عنه لغيره ولم يوجهه السلطان للمفروغ له بل أبقاه على الفارغ أو وجهه لغيرهما ينبغى أن يثبت الرجوع للمفروغ له على الفارغ ببدل الفراغ ، لأنه لم يرض بدفعه إلا بمقابلة ثبوت ذلك الحق له ، لابمجرد الفراغ وإن حصل لغيره . وبهذا أفتى فى الإسماعيلية والحامدية وغيرهما خلافا لما أفتى به بعضهم من عدم الرجوع ، لأن الفارغ فعل مافى وسعه . وقدرته إذ لايخفى أنه غير مقصود من

---

(١) قوله (يستحق المنزول به) كذا رأيته والظاهر أن يقال المنزول عنه اه من خط المؤلف .

(٢) (قوله وكذا فى فراغ الزعيم عن الخ) المراد به كبير القرية والتيمار هو الاستحقاق فى الأراضى الميرية اه .

وبلزوم خلو الحوانيت فليس لرب الحانوت إخراجه ولا إجارتها لغيره ولو وقفا انتهى ملخصا :

الطرفين ولا سيما إذا أبقى السلطان والقاضى التيمار أوالوظيفة على الفارغ فإنه يلزم اجتماع العوضين فى تصرفه وهو خلاف قواعد الشرع فافهم والله سبحانه وتعالى أعلم :

مطلب فى خلو الحوانيت

(قوله وبلزوم خلوّ الحوانيت) عبارة الأشباه : أقول على اعتباره أى اعتبار العرف الخاص ينبغى أن يفتى بأن مايقع فى بعض أسواق القاهرة من خلو الحوانيت لازم ، ويصير الخلو فى الحانوت حقا له فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره ، ولو كانت وقفا وقد وقع فى حوانيت الجملون فى الغورية أن السلطان الغورى لما بناها أسكنها للتجار بالخلو وجعل لكل حانوت قدرا أخذه منهم وكتب ذلك بمكتوب الوقف اه وقد أعاد الشارح ذكر هذه المسألة قبيل كتاب الكفالة ، ثم قال قلت : وأيده فى زواهر الجواهر بما فى واقعات الضريرى رجل فى يده دكان فغاب فرفع المتولى أمره للقاضى ، فأمره القاضى بفتحه وإجارته ففعل المتولى ذلك وحضر الغائب فهوأولى بدكانه وإن كان له خلو فهو أولى بخلوه أيضا ، وله الخيار فى ذلك ،فإن شاء فسخ الإجارة وسكن فى دكانه وإن شاء أجازها ورجع بخلوه على المستأجر ، ويؤمر المستأجر بأداء ذلك إن رضى به وإلا يؤمر بالخروج من الدكان اه بلفظه اه :

لكن قال السيد الحموى أقول : مانقل عن واقعات الضريرى من ذكر لفظة الخلو فضلا عن أن يكون المراد بها ماهو المتعارف كذب فإن الإثبات من النقلة كصاحب جامع الفصولين نقل عبارة الضريرى ولم يذكر فيها لفظ الخلو: هذا وقد اشتهر نسبة مسألة الخلو إلى مذهب الإمام مالك والحال أنه ليس فيه نص عنه ولا عن أحد من أصحابه حتى قال البدر القرافى من المالكية : إنه لم يقع فى كلام الفقهاء التعرض لهذه المسألة ، وإنما فيها فتيا للعلامة ناصر الدين اللقانى المالكى بناها على العرف وخرجها عليه وهو من أهل الترجيح فيعتبر تخريجه ، وإن نوزع فيه وقد انتشرت فتياه فى المشارق والمغارب وتلقاها علماء عصره بالقبول اه :

قلت : ورأيت فى فتاوى الكازرونى عن العلامة اللقانى أنه لو مات صاحب الخلو يوفى منه ديونه ويورث عنه وينتقل لبيت المال عند فقد الوارث اه هذا وقد استدل بعضهم على لزومه وصحة بيعه عندنا بما فى الخانية : رجل باع سكنى له فى حانوت لغيره فأخبر المشترى أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر من ذلك قالوا ليس له أن يرد السكنى بهذا العيب اه وللعلامة الشرنبلالى رسالة رد فيها على هذا المستدل بأنه لم يفهم معنى السكنى ، لأن المراد بها عين مركبة فى الحانوت وهى غير الخلو ، فى الخلاصة اشترى سكنى حانوت فى حانوت رجل مركبا وأخبره البائع أن أجرة الحانوت كذا فإذا هى أكثر ليس له أن يرد . وفى جامع الفصولين عن الذخيرة شرى سكنى فى دكان وقف فقال المتولى : ماأذنت له أى للبائع بوضعها فأمره أى أمر المشترى بالرفع ، فلو شراه بشرط القرار يرجع على بائعه(١) وإلا فلا يرجع عليه بثمنه ولا بنقصانه اه ثم نقل عن عدة كتب مايدل على أن السكنى عين قائمة فى الحانوت ورد فيها أيضا على الأشباه ، بأن الخلو لم يقل به إلا متأخر من المالكية ، حتى أفتى بصحة وقفه ولزم منه أن أوقاف المسلمين صارت للكافرين ، بسبب وقف خلوها على كنائسهم ، وبأن عدم إخراج صاحب الحانوت لصاحب الخلو يلزم منه حجر الحر المكلف عن ملكه وإتلاف ماله مع أن صاحب الخلو لايعطى

---

(١) (قوله : يرجع على بائعه) أى لأن البيع إذا وقع بهذا الشرط يقع فاسدا وإلا فهو صحيح فلا رجوع له على البائع بشىء اه منه .

أجر المثل ، ويأخذ هو فى نظير خلوه قدرا كثيرا ، بل لايجوز هذا فى الوقف. وقد نصوا على أن من سكن الوقف يلزمه أجر المثل ، وفى منع الناظر من إخراجه تفويت نفع الوقف وتعطيل ماشرطه الواقف من إقامة شعائر مسجد ونحوها اه ملخصا .

مطلب فى الكدك

قلت : وما ذكره حق خصوصا فى زماننا هذا ، وأما مايتمسك به صاحب الخلو من أنه اشترى خلوه بمال كثير ، وأنه بهذا الاعتبار تصير أجرة الوقف شيئا قليلا فهو تمسك باطل لأن ما أخذه منه صاحب الخلو الأول لم يحصل منه نفع للوقف فيكون الدافع هو المضيع ماله فكيف يحل له ظلم الوقف ، بل يجب عليه دفع أجرة مثله وإن كان له فيه شىء زائد على الخلو من بناء ونحوه مما يسمى فى عرفنا بالكدك وهو المراد من لفظ السكنى المار ، فإذا لم يدفع أجرة مثله لم يؤمر برفعه ، وإن كان موضوعا بإذن الواقف أو أحد النظار ويرجع هذا إلى مسألة الأرض المحتكرة المنقولة فى أوقاف الخصاف حيث قال : حانوت أصله وقف وعمارته لرجل وهو لايرضى أن يستأجر أرضه بأجر المثل ، قالوا إن كانت العمارة بحيث لو رفعت يستأجر الأصل بأكثر مما يستأجر صاحب البناء كلف رفعه ، ويؤجر من غيره ، وإلا يترك فى يده بذلك الأجر اه. وقوله : وإلا يترك فى يده يفيد أنه أحق من غيره حيث كان مايدفعه أجر المثل فهنا يقال ليس للمؤجر أن يخرجه ولا أن يأمره برفعه إذ ليس فى استبقائه ضرر على الوقف مع الرفق به بدفع الضرر عنه ، كما أوضحناه فى الوقف وعن هذا قال فى جامع الفصولين وغيره : بنى المستأجر أو غرس فى أرض الوقف صار له فيها حق القرار ، وهو المسمى بالكردار له الاستبقاء بأجر المثل اه وفى الخيرية : وقد صرح علماؤنا بأن لصاحب الكردار حق القرار ، وهو أن يحدث المزارع والمستأجر فى الأرض بناء أو غرسا أو كبسا بالتراب بإذن الواقف أو الناظر فتبقى فى يده اه. وقد يقال إن الدراهم التى دفعها صاحب الخلو للواقف واستعان بها على بناء الوقف شبيهة بكبس الأرض بالتراب ، فيصير له حق القرار فلا يخرج من يده إذا كان يدفع أجر المثل ، ومثله مالو كان يرم دكان الوقف ، ويقوم بلوازمها من ماله بإذن الناظر ، أما مجرد وضع اليد على الدكان ونحوها وكونه يستأجرها عدة سنين بدون شىء مما ذكر فهو غير معتبر فللمؤاجر إخراجها من يده إذا مضت مدة إجارته وإيجارها لغيره كما أوضحناه فى رسالتنا تحرير العبارة فى بيان من هو أحق بالإجارة وذكرنا حاصلها فى الوقف ، وعلى ماذكرناه من أن صاحب الخلو المعتبر أحق من غيره ، لو استأجر بأجر المثل يحمل ماذكره فى الخيرية من الوقف حيث سئل فى الخلو الواقع فى غالب الأوقاف المصرية والأوقاف الرومية فى الحوانيت وغيرها ، هل يصير حقا لازما لصاحب الخلو ، ويجوز بيع سكناه وشراؤه وإذا حكم به حاكم شرعى يمتنع على غيره من حكام الشرع الشريف نقضه . ثم ذكر فى الجواب عبارة الأشباه وواقعات الضريرى وما ذكرناه من مسألة الأرض المحتكرة ومسألة حق القرار ومسألة بيع السكنى. ثم قال أقول : ليس الغرض بإيراد هذه الجمل القطع بالحكم بل ليقع اليقين بارتفاع الخلاف بالحكم حيث استوفى شرائطه من مالكى يراه أو غيره صح ولزم وارتفع الخلاف خصوصا فيما للناس إليه ضرورة لاسيما فى المدن المشهورة كمصر ومدينة الملك فإنهم يتعاطونه ولهم فيه نفع كلى ويضر بهم نقضه وإعدامه فلربما بفعله تكثر الأوقاف ألا ترى مافعله الغورى كما مر. ومما بلغنى أن بعض الملوك عمر مثل ذلك بأموال التجار ولم يصرف عليه من ماله الدرهم والدينار وكان صلى الله عليه وسلم يحب ماخفف عن أمته ، والدين يسر ولا مفسدة فى ذلك فى الدين ، ولا عار به على الموحدين والله تعالى أعلم اه ملخصا . وممن أفتى بلزوم الخلو الذى يكون

وفى معين المفتى للمصنف معزيا للولوالجية : عمارة فى أرض بيعت فإن بناء أو أشجارا

بمقابلة دراهم يدفعها للمتولى أو المالك العلامة المحقق عبد الرحمن أفندى العمادى صاحب هدية ابن العماد وقال : فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه ولا إجارتها لغيره مالم يدفع له المبلغ المرقوم ، فيفتى بجواز ذلك للضرورة قياسا على بيع الوفاء الذى تعارفه المتأخرون احتيالا على الربا الخ .

قلت : وهو مقيد أيضا بما قلنا بما إذا كان يدفع أجر المثل وإلا كانت سكناه بمقابلة مادفعه من الدراهم عين الربا كما قالوا : فيمن دفع للمقرض دارا ليسكنها أو حمارا ليركبه إلى أن يستوفى قرضه أنه يلزمه أجرة الدار أو الحمار على أن مايأخذه المتولى من الدراهم ينتفع به لنفسه ، فلو لم يلزم صاحب الخلو أجرة المثل للمستحقين يلزم ضياع حقهم ، اللهم إلا أن يكون ماقبضه المتولى صرفه فى عمارة الوقف ، حيث تعين ذلك طريقا إلى عمارته ولم يوجد من يستأجره بأجرة المثل مع دفع ذلك المبلغ اللازم للعمارة ، فحينئذ قد يقال بجواز سكناه بدون أجرة المثل للضرورة ، ومثل ذلك يسمى فى زماننا مرصدا كما قدمناه فى الوقف ، والله سبحانه أعلم .

بقى طريق معرفة أجر المثل وينبغى أن يقال فيه إنا ننظر إلى مادفعه صاحب الخلو للواقف أو المتولى على الوجه الذى ذكرناه وإلى ماينفقه فى مرمة الدكان ونحوها فإذا كان الناس يرغبون فى دفع جميع ذلك لصاحب الخلو ومع ذلك يستأجرون الدكان بمائة مثلا ، فالمائة هى أجرة المثل ولا ينظر إلى مادفعه هو إلى صاحب الخلو السابق من مال كثير طمعا فى أن أجرة هذه الدكان عشرة مثلا كما هو الواقع فى زماننا ، لأن مادفعه من المال الكثير لم يرجع منه نفع للوقف أصلا بل هو محض ضرر بالوقف ، حيث لزم منه استئجار الدكان بدون أجرتها بغبن فاحش ، وإنما ينظر إلى مايعود نفعه إلى الوقف فقط كما ذكرنا . نعم جرت العادة أن صاحب الخلو حين يستأجر الدكان بالأجرة اليسيرة يدفع للناظر دراهم تسمى خدمة هى فى الحقيقة تكملة أجرة المثل أو دونها ، وكذا إذا مات صاحب الخلو أو نزل عن خلوه لغيره يأخذ الناظر من الوارث أو المنزول له دراهم تسمى تصديقا فهذه تحسب من الأجرة أيضا ، ويجب على الناظر صرفها إلى جهة الوقف كما قدمناه فى كتاب الوقف فى مسألة العوائد العرفية والله سبحانه وتعالى أعلم .

[تنبيه] ذكر السيد محمد أبو السعود فى حاشيته على الأشباه : أن الخلو يصدق بالعين المتصل اتصال قرار وبغيره وكذا الجدك المتعارف فى الحوانيت المملوكة ونحوها كالقهاوى تارة يتعلق بماله حق القرار كالبناء بالحانوت وتارة يتعلق بما هو أعم من ذلك . والذى يظهر أنه كالخلو فى الحكم بجامع وجود العرف فى كل منهما ، والمراد بالمتصل اتصال قرار ماوضع لا ليفصل كالبناء ولا فرق فى صدق كل من الخلو والجدك به ، وبالمتصل لا على وجه القرار كالخشب الذى يركب بالحانوت لوضع عدة الحلاق مثلا ، فإن الاتصال وجد لكن لا على وجه القرار ، وكذا يصدقان بمجرد المنفعة المقابلة للدراهم ، لكن ينفرد الجدك بالعين الغير المتصلة أصلا كالبكارج والفناجين بالنسبة للقهوة والمفشة والفوط بالنسبة للحمام والشونة بالنسبة للفرن وبهذا الاعتبار يكون الجدك أعم .

بقى لو كان الخلو بناء أو غراسا بالأرض المحتكرة أو المملوكة يجرى فيه حق الشفعة لأنه لما اتصل بالأرض اتصال قرار التحق بالعقار اه .

قلت : ماذكره من جريان الشفعة فيه سهو ظاهر لمخالفته المنصوص عليه فى كتب المذهب كما سيأتى فى بابها إن شاء الله تعالى فافهم : هذا غاية ماتحرر لى فى مسألة الخلو فاغتنمه فإنه مفرد ، وقد أوضحنا الفرق فى باب مشد المسكة من تنقيح الفتاوى الحامدية بين المشد والخلو والجدك والقيمة والمرصد المتعارفة فى زماننا إيضاحا لا يوجد فى غير ذلك الكتاب والحمد لله الملك الوهاب (قوله وفى معين المفتى الخ) أفاد به أن الخلو إذا لم يكن عينا قائمة

جاز ، وإن كرابا أو كرى أنهار أو نحوه مما لم يكن ذلك بمال ولا بمعنى مال لم يجز اه .
قلت : ومفاده أن بيع المسكة(١) لايجوز وكذا رهنها ولذا جعلوه الآن فراغا كالوظائف فليحرر اه وسنذكره في بيع الوفاء

لايصح بيعه (قوله جاز) ترك قيدا ذكره في معين المفتي وهو قوله إذا لم يشترط تركها(٢) اه ومثله في الخانية أي لأنه شرط مفسد للبيع (قوله وإن كرابا أو كرى أنهار) في المغرب : كرب الأرض كربا قلبها للحرث من باب طلب وكريت النهر كريا حفرته (قوله ولا بمعنى مال) لعل المراد به التراب المسمى كبسا وهو ماتكبس به الأرض أي تطم وتسوى فتأمل : وفي ط وهو كالسكنى في الأرض الموقوفة بطريق الخلو وكالجدك على ماسلف .

مطلب في بيان مشد المسكة

(قوله ومفاده أن بيع المسكة لايجوز) لأنها عبارة عن كراب(٣) الأرض وكرى أنهارها سميت مسكة لأن صاحبها صار له مسكة بها بحيث لاتنزع من يده بسببها ، وتسمى أيضا مشد مسكة لأن المشد من الشدة بمعنى القوة أي قوة التمسك ولها أحكام مبنية على أوامر سلطانية أفتى بها علماء الدولة العثمانية ذكرت كثيرا منها في بابها من تنقيح الفتاوى الحامدية : منها : أنها لاتورث ، وإنما توجه للابن القادر عليها دون البنت وعند عدم الابن تعطى للبنت ، فإن لم توجد فللأخ لأب ، فإن لم يوجد فللأخت الساكنة في القرية ، فإن لم توجد فللأم . وذكر الشارح في خراج الدر المنتقى : أنها تنتقل للابن ولا تعطى البنت حصة ، وإن لم يترك ابنا بل بنتا لايعطيها ويعطيها صاحب التيمار لمن أراد وفي سنة ثمانية وخمسين وتسعمائة في مثل هذه الأراضي التي تحيا وتفلح بعمل وكلفة دراهم فعلى تقدير أن تعطى للغير بالطابو ، فالبنات لما كان يلزم حرمانهن من المال الذي صرفه أبوهن ورد الأمر السلطاني بالإعطاء لهن ، لكن تنافس الأخت البنت في ذلك ، فيؤتى بجماعة ليس لهن غرض ، فأي مقدار قدروا به الطابو تعطيه البنات ويأخذن الأرض اه . ونقل في الحامدية أنه إذا وقع التفويض بلا إذن صاحب الأرض يعني التيماري الذي وجه السلطان له أخذ خراجها لاتزول الأرض عن يد المفوض حقيقة ، فكانت في يد المفوض إليه عارية ، وإذا كانت الأرض وقفا فتفويضها متوقف على إذن الناظر لاعلى إجازة التيمار ، ولا تؤجر ممن لامسكة له مع وجوده بدون وجه شرعي وإذا زرع أجنبي فيها بلا إذن صاحب المسكة يؤمر بقلع الزرع ويسقط حق صاحبها منها بتركها ثلاث سنوات اختيارا اه فافهم (قوله ولذا جعلوه) أي جعلوا بيعها والمراد به الخروج عنها يعني أن المسكة لما لم تكن مالا متقوما لايمكن بيعها ، فإذا أراد صاحبها النزول عنها لغيره بعوض جعلوا ذلك بطريق الفراغ كالنزول عن الوظائف ، وقدمنا عن المفتي أبي السعود أنه أفتى بجوازه وكأن الشارح لم يطلع على ذلك فأمر بتحريره والله سبحانه أعلم (قوله وسنذكره في بيع الوفاء) أي قبيل كتاب الكفالة ، والذي ذكره هناك هو النزول عن الوظائف ومسألة الخلو ولم يتعرض هناك للمسكة .

---

(١) قول الشارح (ومفاده أن بيع المسكة الخ) النسخة التي كتب عليها ط السكة بدون ميم ففسرها بحق المرور وقال كما إذا كان لشخص دار في محلة غير نافذة له حق المرور فيها ففتح له بابا من الشارع العام وباع حق استطراقه من غير النافذة لصاحب دار ليس له حق الاستطراق فيها وقدمنا أن في بيع حق المرور روايتين اه .

(٢) (قوله إذا لم يشترط تركها) أي ترك العمارة المباعة في الأرض وهو استحقاق البقاء في الأرض ، وقوله لأنه شرط مفسد أي لأنه أمر زائد ليس من مقتضيات العقد وفيه نفع للمشتري اه .

(٣) (قوله لأنها عبارة عن كراب الخ) فيه أنها عبارة عن التمسك الحاصل بسبب الكري والكراب لانفس الكراب والكري ، وإلا لكان عدم جواز بيعها صريح كلام الولوالجية اه .

(وينعقد) أيضا (بلفظ واحد كما فى بيع) القاضى والوصى و (الأب من طفله وشرائه منه) فإنه لوفور شفقته جعلت عبارته كعبارتين وتمامه فى الدرر (وإذا أوجب واحد قبل الآخر) بائعا كان أو مشتريا

مطلب فى انعقاد البيع بلفظ واحد من الجانبين

(قوله وينعقد أيضا) أى كما ينعقد بإيجاب وقبول منهما أو بتعاط من الجانبين ط (قوله بلفظ واحد) ظاهره أنه لايكون بالتعاطى هنا (قوله كما فى بيع القاضى) أى بيعه مال اليتيم من يتيم آخر(١) أو شرائه له كذلك أما عقده لنفسه فلا يجوز لأن فعله قضاء وقضاؤه لنفسه باطل أفاده فى البحر جامعا بذلك بين ما فى البدائع من الجواز وما فى الخزانة من عدمه ط (قوله والوصى) أى إذا اشترى لليتيم من مال نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف وقيده فى نظم الزندويستى بما إذا لم يكن نصبه القاضى اه فتح أى لأن وصى القاضى وكيل محض والوصى لايملك البيع(٢) أو الشراء لنفسه خلاصة وأراد بالشرط المعروف الخيرية : وهى فى الشراء من مال اليتيم لنفسه ، أن يكون مايساوى عشرة بخمسة عشر ، وفى البيع منه بالعكس وقيل يكتفى بدرهمين فى العشرة والأول المعتمد كما قدمناه قبيل البيوع (قوله والأب من طفله) ولا تشترط فيه الخيرية كما فى البحر ، وزاد فيمن يتولى العقد من الطرفين العبد إذا اشترى نفسه من مولاه بأمره والرسول من الجانبين ، بخلاف الوكيل منهما اه زاد فى الدرر قوله : وكذا لو قال بعت منك هذا بدرهم فقبضه المشترى ولم يقل شيئا ينعقد البيع اه وقال فى العزمية : والظاهر أن هذا من باب التعاطى اه وفيه نظر لأن بيع التعاطى ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط كما قدمناه عن الفتح ، وقدمنا عنه أن القبول يكون بالقول والفعل وأن القبض قبول فحينئذ لم يوجد انفراد أحدهما بالعقد (قوله فإنه لوفور شفقته الخ) أى ووصى الأب نائب عنه فله حكمه ، ولذا سكت عنه وأما القاضى فكذلك (قوله وتمامه فى الدرر) ذكر فيها بعد عبارة الشارح مانصه فلم يحتج إلى القبول ، وكان أصيلا فى حق نفسه ونائبا عن طفله حتى إذا بلغ كانت العهدة عليه دون أبيه ، بخلاف ما إذا باع مال طفله من أجنبى ، فبلغ كانت العهدة على أبيه فإذا لزم عليه الثمن فى صورة شرائه لايبرأ عن الدين حتى ينصب القاضى وكيلا يقبضه للصغير فيرده على أبيه فيكون أمانة عنده اه (قوله قبل الآخر) بكسر الباء من القبول المقابل للإيجاب ، وقوله : أو ترك عطف عليه أى يخير الآخر بين القبول والترك فى المجلس ، مادام الموجب على إيجابه ، فلو رجع عنه قبل القبول بطل كما يأتى ولابد أيضا من كون القبول فى المجلس ، وكونه موافقا للايجاب كما نبه عليه وكونه فى حياة الموجب : فلو مات قبله بطل إلا فى مسألة على مافهمه فى البحر ورده فى النهر بأنه لااستثناء فراجعه ، وكونه قبل رد المخاطب الإيجاب وكونه قبل تغير المبيع ، فلو قطعت يد الجارية بعد الإيجاب ، وأخذ البائع أرشها لم يصح قبول المشترى ، كما فى الخانية بحر والظاهر أن التقييد بأخذ الأرش اتفاقى نهر .

---

(١) (قوله أى بيعه مال اليتيم من يتيم آخر الخ) أقول : مانقل عن البدائع مخالف لما هو منقول عن الأئمة المعتبرين كالفقيه أبى جعفر الطحاوى أحد المجتهدين فى المسائل والقاضى أبى جعفر الاستروشنى وغيرهما ، فى أحكام الصغار نقلا عن القاضى أبى جعفر : القاضى إذا باع مال أحد اليتيمين من الآخر وكذا الأب والوصى لو فعل لايجوز بالاتفاق ، وذكر رشيد الدين فى فتاواه القاضى فى بيع مال أحد الصغيرين من الآخر مثل الوصى بخلاف الأب وفى الحاصل من شرح الطحاوى لا يجوز من الوصى بيع مال أحد اليتيمين من الآخر ويجوز ذلك من الأب إذا لم يفحش الغبن اه .

إذا علمت ذلك ظهر لك أنه لاوجه لالحاقه بالأب هنا وكذلك الوصى فإنه وإن جاز بيعه وشراؤه منه بشرط الخيرية لكن لاتكفى عبارته عن عبارتين كما هو مصرح به فى الخانية والبزازية وغيرهما كتبه خويدمه عبد الغنى الغنيمى هكذا وجد بهامش نسخة المؤلف اه .

(٢) (قوله والوصى لا يملك البيع الخ) لعل صوابه والوكيل لا يملك الخ تأمل .

(فى المجلس) لأن خيار القبول مقيد به (كل المبيع بكل الثمن أو ترك) لئلا يلزم(١) تفريق الصفقة (إلا إذا) أعاد الإيجاب والقبول

قلت : ومؤيده قول التتارخانية ودفع أرش اليد إلى البائع أو لم يدفع (قوله فى المجلس) حتى لو تكلم البائع مع إنسان فى حاجة فإنه يبطل بحر. فالمراد بالمجلس مالايوجد فيه مايدل على الإعراض ، وأن لايشتغل بمفوّت له فيه وأن لم يكن للاعراض أفاده فى النهر ، فإن وجد بطل ولو اتحد المكان ط (قوله كل المبيع بكل الثمن) بيان لاشتراط موافقة القبول للايجاب بأن يقبل المشترى ماأوجبه البائع بما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ماأوجبه أو بعضه أو بغير ما أوجبه أو ببعضه لم ينعقد إلا فى الشفعة ، كما قدمناه فى شروط العقد ، وإلا فيما إذا كان الإيجاب من المشترى فقبل البائع بأنقص من الثمن صح وكان خطأ ، أو كان من البائع فقبل المشترى بأزيد صح ، وكان زيادة إن قبلها فى المجلس لزمت أفاده فى البحر ، وذكر أن هبة الثمن بعد الإيجاب قبل القبول تبطل الإيجاب ، وقيل لا ويكون إبراء وسكوت المشترى عن الثمن مفسد للبيع اه .

مطلب مايوجب اتحاد الصفقة وتفريقها

(قوله لئلا يلزم تفريق الصفقة) هى ضرب اليد على اليد فى البيع ، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه مغرب. قال فى البحر : ولابد من معرفة مايوجب اتحادها وتفريقها .

وحاصل ماذكروه : أن الموجب إذا اتحد وتعدد المخاطب لم يجز التفريق بقبول أحدهما بائعا كان الموجب أو مشتريا ، وعلى عكسه لم يجز القبول فى حصة أحدهما ، وإن اتحدا لم يصح قبول المخاطب فى البعض فلم يصح تفريقها مطلقا فى الأحوال الثلاثة لاتحاد الصفقة فى الكل ، وكذا إذا اتحد العاقدان ، وتعدد المبيع كأن يوجب فى مثلين أو قيمى ومثلى لم يجز تفريقها بالقبول فى أحدهما إلا أن يرضى الآخر بذلك بعد قبوله فى البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كعبد واحد أو مكيل أو موزون ، فيكون القبول إيجابا والرضا قبولا وبطل الايجاب الأول ، فإن كان مما لاينقسم إلا بالقيمة كثوبين وعبدين لايجوز(٢) فلو بين ثمن كل واحد فلا يخلو إما أن يكرر لفظ البيع ، فالاتفاق على أنه صفقتان ، فإذا قبل فى أحدهما يصح كقوله بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف ، وأما أن لايكرره وفصل الثمن فظاهر الهداية التعدد ، وبه قال بعضهم ومنعه الآخرون ، وحملوا كلامه على ما إذا كرر لفظ البيع ، وقيل إن اشتراط تكراره للتعدد استحسان وهو قول الإمام وعدمه قياس وهو قولهما ورجحه فى الفتح بقوله والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لأن الظاهر أن فائدته ليس إلا قصده بأن يبيع منه أيهما شاء ، وإلا فلو كان غرضه أن لايبيعهما منه إلا جملة لم تكن فائدة لتعيين ثمن كل اه .

واعلم أن تفصيل الثمن إنما يجعلهما عقدين على القول به إذا كان الثمن منقسما عليهما باعتبار القيمة ، أما إذا كان منقسما عليهما باعتبار الأجزاء كالقفيزين من جنس واحد فإن التفصيل لايجعله فى حكم عقدين للانقسام من غير تفصيل ، فلم يعتبر التفصيل كما فى شرح المجمع للمصنف وهو تقييد حسن اه مافى البحر وتمام الكلام فيه (قوله إلا إذا أعاد الإيجاب والقبول) كأن قال اشتريت نصف هذا المكيل بكذا وقبل الآخر فيكون بيعا مستأنفا لوجود

---

(١) (قول الشارح لئلا يلزم الخ) هو تعليل لمحذوف تقديره ولا يقبل فى البعض اه ط.

(٢) (قوله وعبدين لا يجوز) أى إذا لم يبين ثمن ما قبل فيه بأن قال قبلت فى أحدهما ، أما إذا قال قبلت فى هذا بكذا ورضى البائع فيجوز اه .

أو رضى الآخر وكان الثمن منقسما على المبيع بالأجزاء كمكيل وموزون وإلا لا ، وإن رضى الآخر لعدم جواز البيع بالحصة ابتداء كما حرره الوانى أو (بين ثمن كل) كقوله بعتهما كل واحد بمائة وإن لم يكرر لفظ بعت عند أبي يوسف ومحمد وهو المختار كما فى الشرنبلالية عن البرهان (وما لم يقبل بطل الإيجاب إن رجع الموجب) قبل القبول (أو قام أحدهما) وإن لم يذهب (عن مجلسه) على الراجح نهر وابن الكمال ،

ركنيه وبطل الأول (قوله أو رضى الآخر) أى بدون إعادة الإيجاب فيكون القبول إيجابا والرضا قبولا كما مر (قوله كمكيل وموزون) أدخلت الكاف العبد الواحد كما سلف ذكره فى عبارة البحرط. ووجه الصحة أنه إذا كان الثمن منقسما عليهما باعتبار الأجزاء تكون حصة كل بعض معلومة (قوله وإلا لا) أى وإن يكن الثمن(١) منقسما عليهما كذلك بل كان منقسما باعتبار القيمة كما إذا كان المبيع عبدين أو ثوبين لا يصح القبول لأحدهما ، وإن رضى الآخر لجهالة مايخص أحدهما من الثمن (قوله لعدم جواز البيع بالحصة ابتداء) صورته ما إذا قال : بعت منك هذا العبد بحصته من الألف الموزع على قيمته وقيمة ذلك العبد الآخر ، فإنه باطل لجهالة الثمن وقت البيع كذا فى فصل قصر العام من التلويح عزمية ، وقوله ابتداء خرج به ماإذا عرض البيع بالحصة ، بأن باعه الدار بتمامها(٢) فاستحق بعضها ورضى المشترى بالباقى فإنه يصح لعروض البيع بالحصة انتهاء ، وقد علمت أن محل عدم الجواز فيما إذا لم يكرر الثمن ولفظ البيع أو يفصل الثمن فقط على ماذهب إليه صاحب الهداية ط (قوله كما حرره الوانى) لم يذكر الوانى فى هذا المحل تحريرا ط (قوله أو بين ثمن كل) أى فيما إذا كان المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالقيمة كعبدين وثوبين (قوله وإن لم يكرر لفظ بعت) لأنه بمجرد تفصيل الثمن تتعدد الصفقة على ماهو ظاهر الهداية كما مر (قوله وهو المختار) تقدم وجه ترجيحه عن الفتح ؛

مطلب مايبطل الإيجاب سبعة

(قوله بطل الإيجاب إن رجع الموجب الخ) قال فى البحر : والحاصل أن الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض وبرجوع أحدهما عنه وبموت أحدهما ، ولذا قلنا : إن خيار القبول لا يورث وبتغير المبيع بقطع يد وتخلل عصير وزيادة بولادة وهلاكه ، بخلاف ماإذا كان بعد قلع عينه بآفة سماوية أو بعد ما وهب للمبيع هبة ، كما فى المحيط ، وقدمنا أنه يبطل بهبة الثمن قبل قبوله فأصل مايبطله سبعة فليحفظ اه (قوله قبل القبول) وكذا معه ، فلو خرج القبول ورجع الموجب معا كان الرجوع أولى كما فى الخانية بحر (قوله وإن لم يذهب عن مجلسه على الراجح) وقيل لا يبطل مادام فى مكانه بحر . ويبطل بالقيام وإن كان لمصلحة لا معرضا كما فى القنية قال فى النهر : واختلاف المجلس باعتراض مايدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر كأكل إلا إذا كان لقمة وشرب إلا إذا كان الإناء فى يده ونوم ، إلا أن يكونا جالسين وصلاة إلا إتمام الفريضة أو شفع نفلا وكلام ولو لحاجة ومشى مطلقا(٣) فى ظاهر الرواية حتى لو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران ولو على دابة واحدة لم يصح . واختار غير واحد كالطحاوى أنه إن أجاب على فور كلامه متصلا جاز ، وصححه فى المحيط وقال فى الخلاصة : لو قبل بعد مامشى خطوة أو خطوتين

---

(١) (قوله أى وإن يكن الثمن الخ) هكذا بخطه ولعل صوابه وأن لا يكن الخ بدليل الاضراب بعده تأمل اه مصححه .

(٢) (قوله بأن باعه الدار بتمامها الخ) فيه أن الدار كالعبد الواحد مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء فهو وإن كان بيعا بالحصة إلا أنها معلومة فالظاهر أن يصور ببيع عبد ودار مثلا استحق أحدهما ورضى المشترى بأخذ الآخر بحصته ، إلا أن يقال المراد بقوله استحق بعضها أنه استحق بعض معين منها كبيت من مساكنها لأنه استحق جزء شائع منها كنصف وربع مثلا حتى تكون مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء اه

(٣) (قوله ومشى مطلقا الخ) أى سواء أجابه على فور كلامه أو لا كما يدل عليه مانقله عن الخلاصة اه .

فإنه كمجلس خيار المخيرة وكذا سائر التمليكات فتح (وإذا وجدا لزم البيع) بلا خيار إلا لعيب أو رؤية خلافا للشافعي رضي الله عنه وحديثه محمول على تفرق الأقوال إذ الأحوال ثلاثة قبل قولهما وبعده وبعد أحدهما ، وإطلاق المتبايعين فى الأول مجاز الأول ، وفى الثانى مجاز الكون وفى الثالث حقيقة فيحمل عليه

جاز. وفى مجمع التفاريق : وبه نأخذ وفى المجتبى المجلس المتحد أن لايشتغل أحد المتعاقدين بغير ماعقد له المجلس ، أو ماهو دليل الإعراض والسفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانها لأنهما لايملكان إيقافها اه ملخصا ط وفى الجوهرة لو كان قائما فقعد لم يبطل بحر وكذا لو ناما جالسين لالو مضطجعين أو أحدهما فتح تأمل (قوله فإنه كمجلس خيار المخيرة) أى التى ملكها زوجها طلاقها بقوله لها اختارى نفسك . وفى البحر عن الحاوى القدسى : ويبطل مجلس البيع بما يبطل به خيار المخيرة اه ، وهذا أولى لأن خيارها يقتصر على مجلسها خاصة لاعلى مجلس الزوج بخلاف البيع فإنه يقتصر على مجلسهما كما فى البحر عن غاية البيان (قوله وكذا سائر التمليكات فتح) لم يذكر فى الفتح إلا خيار المخيرة ط . وفى البحر ، قيد بالبيع لأن الخلع والعتق على مال لايبطل الإيجاب فيه بقيام الزوج والمولى لكونه يمينا ويبطل بقيام المرأة والعبد لكونه معاوضة فى حقهما كما فى النهاية اه (قوله خلافا للشافعي) وبقوله قال أحمد وبقولنا قال مالك كما فى الفتح (قوله وحديثه) أى الخيار أو الشافعي ، وقد روى بروايات متعددة كما فى الفتح منها مافى البخارى من حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما : «المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا أو يكون البيع خيارا » ط (قوله محمول على تفرق الأقوال) هو أن يقول الآخر بعد الإيجاب : لاأشترى أو يرجع الموجب قبل القبول وإسناد التفرق إلى الناس مرادا به تفرق أقوالهم كثير فى الشرع والعرف قال الله تعالى — وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ماجاءتهم البينة — وقال صلى الله عليه وسلم «افترقت بنو إسرائيل على اثنتين وسبعين فرقة وستفترق أمتى على ثلاث وسبعين فرقة » فتح (قوله إذ الأحوال ثلاثة الخ) لأن حقيقة المتبايعين المشتغلان بأمر البيع لامن تم البيع بينهما وانقضى ، لأنه مجاز والمتشاغلان يعنى المتساومين يصدق عند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر أنهما متبايعان ، فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول ، وهذا حمل إبراهيم النخعى رحمه الله تعالى. لايقال هذا أيضا مجاز ، لأن الثابت قبل قبول الآخر بائع واحد لامتبايعان ؛ لأنا نقول هذا من المواضع التى تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ ، ولأنا نفهم من قول القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر إلا أنهما(١) مشتغلان بأمر البيع متراضيان فيه فليكن هو المعنى الحقيقى ، والحمل على الحقيقى متعين فيكون الحديث لنفى توهم أنهما إذا اتفقا على الثمن وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلا للاتفاق والتراضى السابق على أن السمع والقياس معضدان للمذهب ، أما السمع فقوله تعالى — ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود — وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى — لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم — وبعد الإيجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض من غير توقف على التخيير فقد أباح الله تعالى أكل المشترى قبل التخيير ، وقوله تعالى — وأشهدوا إذا تبايعتم — أمر بالتوثق بالشهادة حتى لايقع التجاحد والبيع يصدق قبل الخيار بعد الإيجاب والقبول ، فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم قبله كان إبطالا لهذه النصوص وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع وتمامه فى المنح والفتح ط (قوله مجاز الأول) أى باعتبار ماتئول إليه عاقبته ط عن المنح مثل — إنى أرانى أعصر خمرا — (قوله مجاز الكون) أى باعتبار ماكان عليه من قبل مثل — وآتوا اليتامى أموالهم —

---

(١) (قوله إلا أنهما الخ) لعل الصواب إسقاط إلا أو زيادة لا قبل قوله نفهم تأمل اه مصححه .

(وشرط لصحته معرفة قدر) مبيع وثمن (ووصف ثمن)

(قوله وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمن) كـكر حنطة وخمسة دراهم أو أكرار حنطة فخرج مالو كان قدر المبيع مجهولا أى جهالة فاحشة ، فإنه لايصح وقيدنا بالفاحشة لما قالوه لو باعه جميع مافى هذه القرية أو هذه الدار والمشترى لايعلم مافيها لايصح لفحش الجهالة أما لو باعه جميع مافى هذا البيت ، أو الصندوق ، أو الجوالق ، فإنه يصح ، لأن الجهالة يسيرة قال فى القنية : إلا إذا كان لايحتاج معه إلى التسليم والتسلم ، فإنه يصح بدون معرفة قدر المبيع ، كمن أقر أن فى يده متاع فلان غصبا أو وديعة ثم اشتراه جاز وإن لم يعرف مقداره اهـ ومعرفة الحدود تغنى عن معرفة المقدار ، ففى البزازية : باعه أرضا وذكر حدودها لاذرعها طولا وعرضا ، جاز وكذا إن لم الحدود ، ولم يعرفه المشترى إذا لم يقع بينهما تجاحد ، وفيها جهل البائع معرفة المبيع لايمنع وجهل المشترى يمنع اهـ وعلى هذا تفرع مافى القنية : لك فى يدى أرض خربة لاتساوى شيئا فى موضع كذا فبعها منى بستة دراهم ، فقال بعتها ، ولم يعرفها البائع وهى تساوى أكثر من ذلك جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول(١) لأنه لما قال لك فى يدى أرض صار كأنه قال : أرض كذا وفى المجمع لو باعه نصيبه من دار فعلم العاقدين شرط أى عند الإمام ، ويجيزه أى أبو يوسف مطلقا وشرط أى محمد علم المشترى وحده وفى الخانية : اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات : قال أبو يوسف : إن كانت القربة بعينها جاز لمكان التعامل ، وكذا الرواية والجرة وهذا استحسان وفى القياس لايجوز إذا كان لايعرف قدرها ، وهو قول الإمام وخرج أيضا مالو كان الثمن مجهولا كالبيع بقيمته أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل مااشتراه فلان ، فإن علم المشترى بالقدر فى المجلس جاز ومنه أيضا مالو باعه بمثل مايبيع الناس إلا أن يكون شيئا لايتفاوت نهر (قوله ووصف ثمن) لأنه إذا كان مجهول الوصف تتحقق المنازعة فالمشترى يريد دفع الأدون والبائع يطلب الأرفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد نهر :

[تنبيه] ظاهر كلامه كالـكنز يعطى أن معرفة وصف المبيع غير شرط ، وقد نفى اشتراطه فى البدائع فى المبيع والثمن وظاهر الفتح إثباته فيهما ، ووفق فى البحر بحمل مافى البدائع على المشار إليه أو إلى مكانه ، وما فى الفتح على غيره لـكن حقق فى النهر أن مافهمه من الفتح وهم فاحش ، لأن كلام الفتح فى الثمن فقط :

قلت : وظاهره الاتفاق على اشتراط معرفة القدر فى المبيع والثمن ، وإنما الخلاف فى اشتراط الوصف فيهما وللعلامة الشرنبلالى رسالة سماها : نفيس المتجر بشراء الدرر ، حقق فيها أن المبيع المسمى جنسه ، لاحاجة فيه إلى بيان قدره ولا وصفه ولو غير مشار إليه أو إلى مكانه لأن الجهالة المانعة من الصحة تنتفى بثبوت خيار الرؤية لأنه إذا لم يوافقه يرده فلم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة واستدل على ذلك بفروع صححوا فيها البيع بدون بيان قدر ولا وصف منها ماقدمناه من صحة(٢) بيع جميع مافى هذا البيت أو الصندوق ، وشراء مافى يده من غصب

(١) (جاز ولم يكن ذلك بيع المجهول) قال الخير الرملى لم يذكر خيار الغبن البائع ولا شك أن له ذلك على ما عليه الفتوى حيث كان الغبن فاحشا للتغرير وقد أفتيت به فى مثل ذلك مرارا والله سبحانه أعلم اهـ .

قلت : وبه صرح فى الحاوى اهـ منه .

(٢) (قوله منها ما قدمناه من صحة الخ) فيه أن الجهالة فى بيع مافى البيت أو الصندوق يسيرة لا تفضى إلى المنازعة والمقصود إثبات جهالة فاحشة وقوله : وشراء ما فى يده من غصب أو وديعة هذا أيضا لا يصلح دليلا للمدعى لأن الجهالة فيه لم تعتبر لعدم الحاجة إلى التسليم والتسلم والمدعى وجود جهالة فيما يحتاج فيه إلى التسليم والتسلم على أن الجهالة المفضية إلى المنازعة إنما هى جهالة المشترى قدر المبيع وليست موجودة هنا حيث كان المبيع فى يده وقوله : وبيع الأرض مقتصرا على ذكر حدودها فيه أيضا أن القدر إنما يعتبر فى المقدرات الشرعية والعقارات لم يعتبر فيها الشرع سوى التحديد وقد وجد وبالجملة إذا تأملت جميع ماساقه خرج جميعه عن الصلاحية للاستدلال به على مدعاه اهـ .

كمصرى أو دمشقى (غير مشار) إليه (لا) يشترط ذلك فى (مشار إليه) لنفى الجهالة بالإشارة مالم يكن ربويا قوبل بجنسه

أو وديعة ، وبيع الأرض مقتصرا على ذكر حدودها وشراء الأرض الخربة المارة عن القنية . ومنها : ماقالوا لو قال بعتك عبيدى وليس له إلا عبد واحد صح ، بخلاف بعتك عبدا بدون إضافة ، فإنه لايصح فى الأصح . ومنها: لو قال بعتك كرا من الحنطة ، فإن لم يكن كل الكر فى ملكه بطل ولو بعضه فى ملكه بطل فى المعدوم وفسد فى الموجود ، ولو كله فى ملكه لكن فى موضعين أو من نوعين مختلفين ، لايجوز ولو من نوع واحد فى موضع واحد جاز وإن لم يضف البيع إلى تلك الحنطة ، وكذا لو قال بعتك مافى كمى فعامتهم على الجواز وبعضهم على عدمه وأول قول الكنز ولابد من معرفة قدر ووصف ثمن، بأن لفظ قدر غير منون ،مضافا لما بعده من الثمن مثل قول العرب : بعتك بنصف وربع درهم :

قلت : ماذكره من الاكتفاء بذكر الجنس عن ذكر القدر والوصف يلزم عليه صحة البيع فى نحو : بعتك حنطة بدرهم ولا قائل به ، ومثله بعتك عبدا أو دارا وما قاله من انتفاء الجهالة بثبوت خيار الرؤية مدفوع بأن خيار الرؤية قد يسقط برؤية بعض المبيع ، فتبقى الجهالة المفضية إلى المنازعة وكذا قد يبطل خيار الرؤية قبلها ، بنحو بيع ، أو رهن لما اشتراه كما سيأتى بيانه فى بابها ولذا قال المصنف هناك : صح البيع والشراء لما لم يرياه ، والإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز اه فأفاد أن انتفاء الجهالة بهذه الإشارة شرط جواز أصل البيع ، ليثبت بعده خيار الرؤية . نعم : صحح بعضهم الجواز بدون الإشارة المذكورة ، لكنه محمول على ماإذا حصل انتفاء الجهالة بدونها ولذا قال فى النهاية هناك : صح شراء مالم يره يعنى شيئا مسمى موصوفا أو مشارا إليه أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم اه وقال فى العناية قال صاحب الأسرار لأن كلامنا فى عين هى بحالة لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اه وفى حاوى الزاهدى: باع حنطة قدرا معلوما،ولم يعينها لابالإشارة ، ولا بالوصف لايصح اه هذا والذى يظهر من كلامهم تفريعا وتعليلا أن المراد بمعرفة القدر ، والوصف ماينفى الجهالة الفاحشة وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره ، وذلك بالإشارة إليه لو حاضرا فى مجلس العقد، وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه او من المقدرات ، كبعتك كر حنطة بلدية مثلا بشرط كونه فى ملكه ، أو ببيان مكانه الخاص كبعتك مافى هذا البيت ، أو مافى كمى أو بإضافته إلى البائع كبعتك عبدى ، ولا عبد له غيره ، أو ببيان حدود أرض ففى كل ذلك تنتفى الجهالة الفاحشة عن المبيع ، وتبقى الجهالة اليسيرة التى لاتنافى صحة البيع ، لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة لالرفع الفاحشة المنافية لصحته فاغتنم تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والأوهام ، ويندفع به التناقض واللوم عن عبارات القوم (قوله كمصرى أو دمشقى) ونظيره إذا كان الثمن من غير النقود كالحنطة لابد من بيان قدرها ووصفها ككرحنطة بحيرية أو صعيدية كما أفاده الكمال وحققه فى النهر (قوله غير مشار إليه) أى إلى ماذكر من المبيع والثمن قال فى البحر : لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد ، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز اه (قوله لايشترط ذلك فى مشار إليه) قال فى البحر : وقوله غير مشار إليه قيد فيهما ، لأن المشار إليه مبيعا كان أو ثمنا لايحتاج إلى معرفة قدره ، ووصفه فلو قال : بعتك هذه الصبرة من الحنطة أو هذه الكورجة من الأرز والشاشات : وهى مجهولة العدد بهذه الدراهم التى فى يدك : وهى مرئية له فقبل جاز ولزم ، لأن الباقى جهالة الوصف يعنى القدر ، وهو لايضر إذ لايمنع من التسليم والتسلم اه (قوله مالم يكن) أى المشار إليه ربويا قوبل

أو سلما اتفاقا أو رأس مال سلم لو مكيلا أو موزونا خلافا لهما كما سيجيء ﴿

[فرع] لو كان الثمن فى صرة ولم يعرف مافيها من خارج خير ويسمى خيار الكمية لاخيار الرؤية لعدم ثبوته فى النقود فتح (وصح بثمن حال) وهو الأصل (ومؤجل إلى معلوم) لئلا يفضى إلى النزاع

بجنسه أى وبيع مجازفة مثل بعتك هذه الصبرة من الحنطة بهذه الصبرة . قال فى البحر : فإنه لايصح لاحتمال الربا واحتماله مانع كحقيقته (قوله أو سلما) أراد به المسلم فيه بقرينة مابعده لكنه لاحاجة لذكره ، لأن المسلم فيه مؤجل غير حاضر فلا يصح أن يكون مشارا إليه والكلام فيه (قوله لو مكيلا أو موزونا) فلا تكفى الإشارة إليه كما فى مذروع وحيوان خلافا لهما لأنه ربما لايقدر على تحصيل المسلم فيه ، فيحتاج إلى رد رأس المال وقد ينفق بعضه ثم يجد باقيه معيبا فيرده ولا يستبدله رب السلم فى مجلس الرد فيفسخ العقد فى المردود ، ويبقى فى غيره فتلزم جهالة المسلم فيه فيما بقى فوجب بيانه كما سيجيء فى باب السلم (قوله خير) أى البائع والذى فى الفتح والبحر عدم التخيير وعبارة الفتح ولو قال : اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم ، فوجد البائع مافيها بخلاف نقد البلد ، فله أن يرجع بنقد البلد لأن مطلق الدراهم فى البيع ينصرف إلى نقد البلد وإن وجدها نقد البلد جاز ، ولا خيار للبائع بخلاف مالو قال اشتريت بما فى هذه الخابية . ثم رأى الدراهم التى كانت فيها كان له الخيار وإن كانت نقد البلد ، لأن الصرة يعرف مقدار مافيها من خارجها . وفى الخانية لايعرف ذلك من الخارج فكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لاخيار الرؤية لأن خيار الرؤية لايثبت فى النقود اهـ ط (قوله وصح بثمن حال) بتشديد اللام قال فى المصباح : حل الدين يحل بالكسر حلولا اهـ قيد بالثمن لأن تأجيل المبيع المعين لايجوز ويفسده بحر .

مطلب فى الفرق بين الأثمان والمبيعات

واعلم أن كلا من النقدين ثمن أبدا والعين الغير المثلى مبيع أبدا ، وكل من المكيل والموزون الغير النقد والعددى المتقارب إن قوبل بكل من النقدين كان مبيعا ، أو قوبل بعين فإن كان ذلك المكيل والموزون المتقارب متعينا كان مبيعا أيضا ، وإن كان غير متعين فإن دخل عليه حرف الباء مثل اشتريت هذا العبد بكر حنطة كان ثمنا وإن استعمل استعمال المبيع وكان سلما مثل اشتريت منك كر حنطة بهذا العبد ، فلابد من رعاية شرائط السلم غرر الأذكار شرح درر البحار . وسيأتى له زيادة بيان فى آخر الصرف (قوله وهو الأصل) لأن الحلول مقتضى العقد وموجبه والأجل لايثبت إلا بالشرط بحر عن السراج (قوله لئلا يفضى إلى النزاع) تعليل لاشتراط كون الأجل معلوما لأن علمه لايفضى إلى النزاع ، وأما مفهوم الشرط المذكور وهو أنه لايصح إذا كان الأجل مجهولا فعلته كونه يفضى إلى النزاع فافهم . وسيذكر المصنف فى البيع الفاسد بيان الأجل المفسد وغيره .

مطلب فى التأجيل إلى أجل مجهول

[تنبيه] من جهالة الأجل ما إذا باعه بألف على أن يؤدى إليه الثمن فى بلد آخر ، ولو قال إلى شهر على أن يؤدى الثمن فى بلد آخر جاز بألف إلى شهر ، ويبطل الشرط لأن تعيين مكان الإيفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة غير صحيح ، فلو له حمل ومؤنة يصح ومنها اشتراط أن يعطيه الثمن(١) على التفاريق أو كل أسبوع البعض ، فإن لم يشترط فى البيع بل ذكر بعده لم يفسد ، وكان له أخذ الكل جملة وتمامه فى البحر وقوله لم يفسد أى البيع فيه

(١) (قوله ومنها اشتراط أن يعطيه الثمن الخ) أى أتى بهذه الألفاظ المبهمة أى لفظ التفاريق ولفظ البعض اهـ .

ولو باع مؤجلا صرف لشهر به يفتى ولو اختلفا فى الأجل فالقول لنافيه إلا فى السلم به يفتى ولو فى قدره فلمدعى الأقل والبينة فيهما للمشترى ولو فى مضيه فالقول والبينة للمشترى ويبطل الأجل بموت المديون لا الدائن :

[فروع] باع بحال ثم أجله أجلا معلوما أو مجهولا كنيروز وحصاد صار مؤجلا منية.

كلام يأتى قريبا (قوله ولو باع مؤجلا) أى بلا بيان مدة بأن قال بعتك بدرهم مؤجل (قوله صرف لشهر) كأنه لأنه المعهود فى الشرع فى السلم واليمين فى ليقضين دينه آجلا بحر (قوله به يفتى) وعند البعض لثلاثة أيام بحر عن شرح المجمع :

قلت : ويشكل على القولين أن شرط صحة التأجيل أن يعرفه العاقدان ولذا لم يصح البيع بثمن مؤجل إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى إذا لم يدره العاقدان كما سيأتى فى البيع الفاسد وكذا لو عرفه أحدهما دون الآخر فتأمل (قوله فالقول لنا فيه) وهو البائع لأن الأصل الحلول كما مر (قوله إلا فى السلم) فإن القول لمثبته لأن نافيه يدعى فساده بفقد شرط صحته ، وهو التأجيل ومدعيه يدعى صحته بوجوده والقول لمدعى الصحة ط (قوله فلمدعى الأقل) لانكاره الزيادة ح (قوله والبينة فيهما) أى فى المسألتين للمشترى لأنه يثبت خلاف الظاهر والبينات للإثبات ح (قوله فالقول والبينة للمشترى) لأنهما لما اتفقا على الأجل فالأصل بقاؤه فكان القول للمشترى فى عدم مضيه ، ولأنه منكر توجه المطالبة وهذا ظاهر وأما تقديم بينته على بينة البائع فعلله فى البحر عن الجوهرة بأن البينة مقدمة على الدعوى اهـ ، وهو مشكل ، فإن شأن البينة إثبات خلاف الظاهر ، وهو هنا دعوى البائع على أن بينة المشترى على عدم المضى شهادة على النفى ، وقد يجاب عن الثانى بأنه إثبات فى المعنى ، لأن المعنى أن الأجل باق تأمل ، وحينئذ فوجه تقديم بينته كونها أكثر إثباتا ويدل له ما سيأتى فى السلم من أنهما لو اختلفا فى مضى الأجل فالقول للمسلم إليه بيمينه ، وإن برهنا فبينته أولى وعلله فى البحر بإثباتها زيادة الأجل قال فالقول قوله والبينة بينته هذا ، ولم يذكر الاختلاف فى الثمن أو فى المبيع ، لأنه سيأتى فى كتاب الدعوى فى فصل دعوى الرجلين (قوله ويبطل الأجل بموت المديون) لأن فائدة التأجيل أن يتجر فيؤدى الثمن من نماء المال فإذا مات من له الأجل تعين المتروك لقضاء الدين ، فلا يفيد التأجيل بحر عن شرح المجمع ، وصرح قبله بأنه لو مات البائع لا يبطل الأجل (قوله أو مجهولا) أى جهالة يسيرة بدليل التمثيل فيخرج مالو أجله إلى أجل مجهول جهالة فاحشة كهبوب الريح (قوله صار مؤجلا) كذا جزم به المصنف فى باب البيع الفاسد كما سيأتى متنا ، وذكره فى الهداية أيضا وكذا فى الزيلعى ومتن الملتقى والدرر وغيرها ، وعزاه فى التتارخانية إلى الكافى ، وفى الخانية : رجل باع شيئا بيعا جائزا وأخرج الثمن إلى الحصاد أو الدياس ، قال يفسد البيع فى قول أبى حنيفة ، وعن محمد أنه لا يفسد البيع ويصح التأخير لأن التأخير بعد البيع تبرع ، فيقبل التأجيل إلى الوقت المجهول ، كما لو كفل بمال إلى الحصاد أو الدياس وقال القاضى الإمام أبو على النسفى : هذا يشكل بما إذا أقرض رجلا ، وشرط فى القرض أن يكون مؤجلا لا يصح التأجيل ، ولو أقرض ثم أخر لا يصح أيضا فكان الصحيح من الجواب ما قال الشيخ الإمام إنه يفسد البيع ، سواء أجله إلى هذه الأوقات فى البيع أو بعده اهـ :

قلت : وهذا تصحيح لخلاف ماقدمناه عن الهداية وغيرها وفيه بحث فإن إلحاق البيع بالقرض غير ظاهر ، بدليل أن القرض لا يصح تأجيله أصلا ، وإن كان الأجل معلوما وتأجيل البيع إلى أجل معلوم صحيح اتفاقا على أنه ذكر فى التاسع والثلاثين من جامع الفصولين الشرط الفاسد لو ألحق بعد العقد هل يلتحق بأصل العقد عند أبى حنيفة قبل

له ألف من ثمن مبيع فقال أعط كل شهر مائة فليس بتأجيل بزازية :
عليه ألف ثمن جعله ربه نجوما إن أخل بنجم حل الباقى فالأمر كما شرط ملتقط ، وهى كثيرة الوقوع :
قلت : ومما يكثر وقوعه مالو اشترى بقطع رائجة فكسدت بضرب جديدة يجب قيمتها يوم البيع من الذهب لاغير إذ لايمكن الحكام الحكم بمثلها لمنع السلطان منها ، ولا يدفع قيمتها من الفضة الجديدة لأنها مالم يغلب غشها فجيدها ورديؤها سواء إجماعا

نعم وقيل: لاهو الصحيح اه ثم قال بعده: استأجر أرضا وشرط تعجيل الأجرة (١) . إلى الحصاد أو الدياس يفسد العقد ولو لم يشرطه فى العقد بل بعده لايفسد كما فى البيع فإن الرواية محفوظة أنه لو باع مطلقا ثم أجل الثمن إلى حصاد ودياس لايفسد ويصح الأجل اه :

[تنبيه] علم مما مر أن الآجال عن ضربين : معلومة ، ومجهولة ، والمجهولة على ضربين : متقاربة كالحصاد ومتفاوتة : كهبوب الريح فالثمن العين يفسد بالتأجيل ، ولو معلوما والدين لايجوز لمجهول ، لكن لو جهالته متقاربة وأبطله المشترى قبل محله وقبل فسخه للفساد انقلب جائزا لا لو بعد مضيه أمالو متفاوتة وأبطله المشترى قبل التفرق انقلب جائزا كما فى البحر عن السراج ، هذا وذكر الشارح فى البيع الفاسد عن العينى مايوهم أن الأخير لاينقلب جائزا وليس كذلك فافهم . ونقل الشارح هناك تبعا للمصنف عن ابن كمال وابن ملك أن إبطاله قبل التفرق شرط فى المجهول جهالة متقاربة كالحصاد وهو خطأ كما سنبينه هناك إن شاء الله تعالى (قوله فليس بتأجيل) لأن مجرد الأمر بذلك لايستلزم التأجيل تأمل (قوله إن أخل بنجم) حال من فاعل جعله بتقدير القول أى جعله ربه نجوما قائلا إن أخل الخ اه ح :

مطلب مهم فى أحكام النقود إذا كسدت أو انقطعت أو غلت أو رخصت

(قوله قلت ومما يكثر وقوعه الخ) اعلم أنه إذا اشترى بالدراهم التى غلب غشها أو بالفلوس ولم يسلمها للبائع ثم كسدت بطل البيع والانقطاع عن أيدى الناس كالكساد ويجب على المشترى رد المبيع لو قائما ومثله أو قيمته لوهالكا ، وإن لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا وهذا عنده وعندهما لايبطل البيع ، لأن المتعذر التسليم بعد الكساد ، وذلك لايوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج لكن عند أبى يوسف تجب قيمته يوم البيع ، وعند محمد يوم الكساد وهو آخر ماتعامل الناس بها وفى الذخيرة الفتوى على قول أبى يوسف ، وفى المحيط والتتمة والحقائق وبقول محمد يفتى رفقا بالناس اه والكساد : أن تترك المعاملة بها فى جميع البلاد ، فلو فى بعضها لايبطل لكنه تتعيب إذا لم ترج فى بلدهم ، فيتخير البائع إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته وحد الانقطاع أن لايوجد فى السوق وإن وجد فى يد الصيارفة والبيوت هكذا فى الهداية والانقطاع كالكساد كما فى كثير من الكتب لكن قال فى المضمرات فإن انقطع ذلك فعليه من الذهب والفضة قيمته فى آخر يوم القطع هو المختار اه هذا إذا كسدت وانقطعت أما إذا غلت قيمتها أو انتقصت فالبيع على حاله ولا يتخير المشترى ، ويطالب بالنقد بذلك العيار الذى كان وقت البيع كذا فى فتح القدير . وفى البزازية عن المنتقى غلت الفلوس أو رخصت فعند الإمام الأول والثانى ، أولا ليس عليه غيرها وقال الثانى ثانيا عليه قيمتها من الدراهم يوم البيع والقبض وعليه الفتوى ، وهكذا فى الذخيرة

---

(١) قوله (تعجيل الأجرة) هكذا بخطه ولعل صوابه تأجيل الأجرة بدليل قوله إلى الحصاد الخ وبدليل التنظير بالبيع فى قوله كما فى البيع الخ تأمل اه مصححه .

والخلاصة عن المنتقى ، ونقله فى البحر وأقره ، فحيث صرح بأن الفتوى عليه فى كثير من المعتبرات ، فيجب أن يعول عليه إفتاء وقضاء ، ولم أر من جعل الفتوى على قول الإمام هذا خلاصة ماذكره المصنف رحمه الله تعالى فى رسالته : بذل المجهود فى مسألة تغير النقود وفى الذخيرة عن المنتقى إذا غلت الفلوس قبل القبض أو رخصت : قال أبو يوسف ، قولى وقول أبى حنيفة فى ذلك سواء وليس له غيرها ، ثم رجع أبو يوسف وقال عليه قيمتها من الدراهم ، يوم وقع البيع ويوم وقع القبض اه وقوله : يوم وقع البيع أى فى صورة البيع وقوله : ويوم وقع القبض أى فى صورة القرض كما نبه عليه فى النهر فى باب الصرف .

وحاصل مامر : أنه على قول أبى يوسف المفتى به لافرق بين الكساد والانقطاع والرخص والغلاء فى أنه تجب قيمتها يوم وقع البيع أو القرض لامثلها ، وفى دعوى البزازية ، من النوع الخامس عشر ، عن فوائد الإمام أبى حفص الكبير استقرض منه دانق فلوس حال كونها عشرة بدانق ، فصارت ستة بدانق أو رخص وصار عشرون بدانق يأخذ منه عدد ماأعطى ولا يزيد ولا ينقص اه .

قلت : هذا مبنى على قول الإمام ، وهو قول أبى يوسف أولا ، وقد علمت أن المفتى به قوله ثانيا بوجوب قيمتها يوم القرض ، وهو دانق أى سدس درهم سواء صار الآن ستة فلوس بدانق أو عشرين بدانق تأمل ، ومثله ماسيذكره المصنف فى فصل القرض من قوله استقرض من الفلوس الرائجة والعدالى فكسدت فعليه مثلها كاسدة لا قيمتها اه فهو على قول الإمام . وسيأتى فى باب الصرف متنا وشرحا اشترى شيئا به أى بغالب الغش ، وهو نافق أو بفلوس نافقة فكسد ذلك قبل التسليم للبائع بطل البيع كما لو انقطعت عن أيدى الناس ، فإنه كالكساد وكذا حكم الدراهم ، لو كسدت أو انقطعت بطل وصححاه بقيمة المبيع وبه يفتى رفقا بالناس بحر وحقائق اه ، وقوله : بقيمة المبيع صوابه بقيمة الثمن الكاسد . وفى غاية البيان قال أبو الحسن : لم تختلف الرواية عن أبى حنيفة فى قرض الفلوس إذا كسدت أن عليه مثلها قال بشر : قال أبو يوسف : عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض فى الدراهم التى ذكرت لك أصنافها ، يعنى البخارية والطبرية واليزيدية وقال محمد : قيمتها فى آخر نفاقها قال القدورى ، وإذا ثبت من قول أبى حنيفة فى قرض الفلوس ماذكرنا فالدراهم البخارية فلوس على صفة مخصوصة والطبرية واليزيدية ، هى التى غلب الغش عليها فتجرى مجرى الفلوس فلذلك قاسها أبو يوسف على الفلوس اه ، ما فى غاية البيان وماذكره فى القرض جاز فى البيع أيضا ، كما قدمناه عن الذخيرة من قوله يوم وقع البيع الخ .

ثم اعلم أن الذى فهم من كلامهم أن الخلاف المذكور ، إنما هو فى الفلوس والدراهم الغالبة الغش ، ويدل عليه أنه فى بعض العبارات اقتصر على ذكر الفلوس . وفى بعضها ذكر العدالى معها وهى كما فى البحر عن البناية بفتح العين المهملة والدال وكسر اللام دراهم فيها غش . وفى بعضها تقييد الدراهم بغالبة الغش ، وكذا تعليلهم قول الإمام ببطلان البيع ، بأن الثمنية بطلت بالكساد لأن الدراهم التى غلب غشها إنما جعلت ثمنا بالاصطلاح ، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح فلم تبق ثمنا فبقى البيع بلا ثمن فبطل ، ولم أر من صرح بحكم الدراهم الخالصة أو المغلوبة الغش ، سوى ما أفاده الشارح هنا . وينبغى أنه لاخلاف فى أنه لايبطل البيع بكسادها ، ويجب على المشترى مثلها فى الكساد ، والانقطاع والرخص والغلاء أما عدم بطلان البيع ، فلأنها ثمن خلقة فترك المعاملة بها لايبطل ثمنيتها فلا يتأتى تعليل البطلان المذكور ، وهو بقاء البيع بلا ثمن . وأما وجوب مثلها وهو ماوقع عليه العقد كمائة ذهب

أما ماغلب غشه ففيه الخلاف ، كما سيجيء في فصل القرض فتنبه وبه أجاب سعدى أفندى وهذا إذا بيع بثمن دين فلو بعين فسد فتح و (بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر) لما فيه من ربا النساء كما سيجيء في بابه (و) الأجل (ابتداؤه من وقت التسليم) ولو فيه خيار

مشخص ، أو مائة ريال فرنجى فلبقاء ثمنيتها أيضا وعدم بطلان تقومها وتمام بيان ذلك فى رسالتنا تنبيه الرقود فى أحكام النقود ، وأما ماذكره الشارح من أنه تجب قيمتها من الذهب فغير ظاهر لأن مثليتها ، لم تبطل فكيف يعدل إلى القيمة ، وقوله إذا لم يمكن الخ فيه نظر لأن منع السلطان التعامل بها فى المستقبل لايستلزم منع الحاكم من الحكم على شخص بما وجب عليه منها فى الماضى . وأما قوله : ولا يدفع قيمتها من الجديدة ، فظاهر وبيانه أن كسادها عيب فيها عادة ،لأن الفضة الخالصة إذا كانت مضروبة رائجة تقوم بأكثر من غيرها ، فإذا كانت العشرة من الكاسدة تساوى تسعة من الرائجة مثلا فإن ألزمنا المشترى بقيمتها وهو تسعة من الجديدة يلزم الربا ،وإن ألزمناه بعشرة نظرا إلى أن الجودة والرداءة فى باب الربا غير معتبرة يلزم ضرر المشترى ، حيث ألزمناه بأحسن مما التزم فلم يمكن إلزامه بقيمتها من الجديدة ، ولا بمثلها منها فتعين إلزامه بقيمتها من الذهب ، لعدم إمكان إلزامه بمثلها من الكاسدة أيضا لما علمت من منع الحكام منه ، لكن علمت مافيه هذا ماظهر لى فى هذا المقام والله سبحانه وتعالى أعلم . وبقى مالو وقع الشراء بالقروش كما هوعرف زماننا ويأتى الكلام عليه قريبا (قوله أما ماغلب غشه الخ) أفاد أن كلامه السابق فيما كان خاليا عن الغش أو كان غشه مغلوبا ، وأنه لاخلاف فيه على مايفهم من كلامهم كما قررناه آنفا (قوله كما سيجيء فى فصل القرض) صوابه فى باب الصرف كما علم مماقدمناه (قوله وهذا) أى ماذكره فى المتن من صحة البيع بثمن مؤجل إلى معلوم (قوله بثمن دين الخ) أراد بالدين مايصح أن يثبت فى الذمة سواء كان نقدا أو غيره ، وبالعين ماقابله فيدخل فى الدين الثوب الموصوف بما يعرفه لقوله فى الفتح وغيره : إن الثياب كما تثبت مبيعا فى الذمة بطريق السلم تثبت دينا مؤجلا فى الذمة على أنها ثمن ، وحينئذ يشترط الأجل لا لأنها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم فى كونها دينا فى الذمة فلذا قلنا إذا باع عبدا بثوب موصوف فى الذمة إلى أجل جاز ، ويكون بيعا فى حق العبد حتى لايشترط قبضه فى المجلس بخلاف مالو أسلم الدراهم فى الثوب ، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه فى الثوب حتى شرط فيه الأجل وامتنع بيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه اهـ فافهم (قوله وبخلاف جنسه) عطف على قوله بثمن دين ، وفى بعض النسخ أو بدل الواو والأولى أولى لأن الشرط كل منهما لا أحدهما كما أفاده ط وقوله : ولم يجمعهما قدر جملة حالية والقدر كيل أو وزن ، وذلك كبيع ثوب بدراهم واحترز عما لو كان بجنسه وجمعهما قدر ككر بر بمثله أو كان بجنسه ، ولم يجمعهما قدر كثوب هروى بمثله أو كان بخلاف جنسه وجمعهما قدر ككر بر بكر شعير فإنه لايصح التأجيل لما فيها من ربا النساء فقول الشارح : لما فيه من ربا النساء بالفتح أى التأخير تعليل لمفهوم المتن ، وهو عدم صحة التأجيل فى الصور الثلاثة أفاده ح .

قلت : بقى شرط آخر وهو أن لايكون المبيع الكيلى أو الوزنى هالكا ، فقد ذكر الخير الرملى أول البيوع عن جواهر الفتاوى له على آخر حنطة غير السلم فباعها منه بثمن معلوم إلى شهر لايجوز ،لأنه بيع الكالىء بالكالىء وقد نهينا عنه وإن باعها ممن عليه ونقد المشترى الثمن فى المجلس جاز فيكون دينا بعين اهـ وذكر المسألة فى المنح قبيل باب الربا ، ومثله كل مكيل وموزون وكالبيع الصلح ففى الثلاثين من جامع الفصولين ،ولو غصب كر بر فصالحه وهو قائم على دراهم مؤجلة جاز ، وكذا الذهب والفضة وسائر الموزونات ، ولو صالحه على كيل مؤجل لم يجز

فمذ سقوط الخيار عنده خانية (وللمشترى) بثمن مؤجل إلى سنة منكرة (أجل سنة ثانية) مذ تسلم (لمنع البائع السلعة) عن المشترى (سنة الأجل) المنكرة تحصيلا لفائدة التأجيل فلو معينة أو لم يمنع البائع من التسليم لاتفاقا لأن التقصير منه (و) الثمن المسمى قدره لاوصفه (ينصرف مطلقه إلى غالب نقد البلد) بلد العقد مجمع الفتاوى لأنه المتعارف (وإن اختلفت النقود مالية) كذهب شريفى وبندقى (فسد العقد مع الاستواء فى رواجها

إذ الجنس بإنفراده يحرم النساء، ولو كان البر هالكا لم يجز الصلح على شيء من هذا نسيئة، لأنه دين بدين إلا إذا صالح على بر مثله، أو أقل منه مؤجلا جاز لأنه عين حقه والحط جائز لا لو على أكثر للربا والصلح على بعض حقه فى الكيلى والوزنى حال قيامه لم يجز اه وفى البزازية الحيلة فى جواز بيع الحنطة المستهلكة بالنسيئة، أن يبيعها بثوب ويقبض الثوب ثم يبيعه بدراهم إلى أجل اه :

أقول: وتجرى هذه الحيلة فى الصلح أيضا وهى واقعة الفتوى ويكثر وقوعها اه (قوله فمذ سقوط الخيار عنده) أى عند أبى حنيفة لأن ذلك وقت استمرار البيع (قوله مذ تسلم) متعلق بأجل (قوله لمنع) اللام للتعليل، أو للتوقيت متعلقة بما تعلق به قوله وللمشترى (قوله تحصيلا لفائدة التأجيل) وهى التصرف فى المبيع وإيفاء الثمن من ربحه مثلا (قوله فلو معينة) كسنة كذا ومثله إلى رمضان مثلا (قوله لأن التقصير منه) تعليل للثانية، أما الأولى فلكونه لما عين تعين حقه فيما عينه فلا يثبت فى غيره (قوله والثمن المسمى قدره لاوصفه) لما كان قول المصنف ينصرف مطلقه موهما أن المراد بالمطلق، مالم يذكر قدره ولا وصفه بقرينة قوله أولا وشرط لصحته معرفة قدر ووصف ثمن دفع ذلك بأن المراد المطلق عن تسمية الوصف فقط :

مطلب يعتبر الثمن فى مكان العقد وزمنه

(قوله مجمع الفتاوى) فإنه قال معزيا إلى بيوع الخزانة باع عينا من رجل بأصفهان بكذا من الدنانير فلم ينقد الثمن حتى وجد المشترى ببخارى يجب عليه الثمن بعيار أصفهان، فيعتبر مكان العقد اه منح :

قلت: وتظهر ثمرة ذلك إذا كانت مالية الدينار مختلفة فى البلدين، وتوافق العاقدان على أخذ قيمة الدينار لفقده أو كساده فى البلدة الأخرى، فليس للبائع أن يلزمه بأخذ قيمته التى فى بخارى إذا كانت أكثر من قيمته التى فى أصبهان وكما يعتبر مكان العقد يعتبر زمنه أيضا كما يفهم مما قدمناه فى مسألة الكساد والرخص فلا يعتبر زمن الإيفاء : لأن القيمة فيه مجهولة وقت العقد وفى البحر عن شرح المجمع لو باعه إلى أجل معين وشرط أن يعطيه المشترى أى نقد يروج يومئذ كان البيع فاسدا (قوله كذهب شريفى وبندقى) فإنهما اتفقا فى الرواج لكن مالية أحدهما أكثر فإذا باع بمائة ذهب مثلا، ولم يبين صفته فسد للتنازع، لأن البائع يطلب الأكثر مالية والمشترى يدفع الأقل (قوله مع الاستواء فى رواجها) أما إذا اختلفت رواجا مع اختلاف ماليتها أو بدونه فيصح، وينصرف إلى الأروج وكذا يصح لو استوت مالية ورواجا، لكن يخير المشترى بين أن يؤدى أيهما شاء :

والحاصل: أن المسألة رباعية وأن الفساد فى صورة واحدة: وهى الاختلاف فى المالية فقط، والصحة فى الثلاث الباقية كما بسطه فى البحر، ومثل فى الهداية مسألة الاستواء فى المالية والرواج بالثنائى والثلاثى، واعترضه الشراح بأن مالية الثلاثة أكثر من الإثنين وأجاب فى البحر، بأن المراد بالثنائى ماقطعتان منه بدرهم وبالثلاثى ماثلاثة منه بدرهم :

مطلب مهم فى حكم الشراء بالقروش فى زماننا

قلت : وحاصله : أنه إذا اشترى بدرهم فله دفع درهم كامل أو دفع درهم مكسر قطعتين ، أو ثلاثة حيث تساوى الكل فى المالية والرواج ومثله فى زماننا الذهب يكون كاملا ونصفين وأربعة أرباع وكلها سواء فى المالية والرواج ، بل ذكر فى القنية فى باب المتعارف بين التجار كالمشروط برمزعت باع شيئا بعشرة دنانير واستقرت العادة فى ذلك البلد أنهم يعطون كل خمسة أسداس ، مكان الدينار ، واشتهرت بينهم فالعقد ينصرف إلى ماتعارفه الناس فيها بينهم فى تلك التجارة ، ثم رمز فك جرت العادة فيا بين أهل خوارزم ، أنهم يشترون سلعة بدينار ثم ينقدون ثلثى دينار محمودية أو ثلثى دينار وطسوج نيسابورية قال : يجرى على المواضعة ولا تبقى الزيادة دينا عليهم اهـ ومثله فى البحر عن التتارخانية ، ومنه يعلم حكم ماتعورف فى زماننا من الشراء بالقروش ، فإن القرش فى الأصل قطعة مضروبة من الفضة تقوم بأربعين قطعة من القطع المصرية المسماة فى مصر نصفا ثم إن أنواع العملة المضروبة تقوم بالقروش ، فمنها مايساوى عشرة قروش ، ومنها أقل ومنها أكثر ، فإذا اشترى بمائة قرش فالعادة أنه يدفع ماأراد إمامن القروش ، أو ممايساويها من بقية أنواع العملة من ريال أو ذهب ، ولا يفهم أحد أن الشراء وقع بنفس القطعة المسماة قرشا ، بل هى أو مايساويها من أنواع العملة المتساوية فى الرواج المختلفة فى المالية ، ولا يرد أن صورة الاختلاف فى المالية مع التساوى فى الرواج : هى صورة الفساد من الصور الأربع ، لأنه هنا لم يحصل اختلاف مالية الثمن حيث قدر بالقروش ، وإنما يحصل الاختلاف إذا لم يقدر بها كما لو اشترى بمائة ذهب وكان الذهب أنواعا كلها رائجة ، مع اختلاف ماليتها ، فقد صار التقدير بالقروش فى حكم ما إذا استوت فى المالية والرواج وقد مر أن المشترى يخير فى دفع أيهما شاء قال فى البحر : فلو طلب البائع أحدهما للمشترى دفع غيره لأن امتناع البائع من قبول مادفعه المشترى ولا فضل تعنت اهـ بقى هنا شىء وهو أنا قدمنا أنه على قول أبى يوسف المفتى به : لافرق بين الكساد والانقطاع والرخص والغلاء فى أنه تجب قيمتها يوم وقع البيع أو القرض إذا كانت فلوسا أو غالبة الغش ، وإن كان فضة خالصة أو مغلوبة الغش تجب قيمتها من الذهب ، يوم البيع على ماقاله الشارح ، أو مثلها على مابحثناه وهذا إذا اشترى بالريال أو الذهب ، مما يراد نفسه ، أما إذا اشترى بالقروش المراد بها مايعم الكل كما قررناه ، ثم رخص بعض أنواع العملة أو كلها . واختلفت فى الرخص ، كما وقع مرارا فى زماننا ففيه اشتباه فإنها إذا كانت غالبة الغش ، وقلنا تجب قيمتها يوم البيع ، فهنا لا يمكن ذلك لأنه ليس المراد بالقروش نوع معين (١) من العملة حتى نوجب قيمته وإذا قلنا إن الخيار للمشترى فى تعيين نوع منها كما كان الخيار له قبل أن ترخص ، فإنه كان مخيرا فى دفع أى نوع أراد فابقاء الخيار له بعد الرخص يؤدى إلى النزاع والضرر فإن خياره قبل الرخص لاضرر فيه على البائع ، أما بعده ففيه ضرر ، لأن المشترى ينظر إلى الأنفع له والأضر على البائع فيختاره ، فإن ماكان يساوى عشرة إذا صار نوع منه بثمانية ونوع منه بثمانية ونصف ، يختار ما صار بثمانية فيدفعه للبائع ، ويحسبه عليه بعشرة كما كان يوم البيع ، وهذا فى الحقيقة دفع مثل ما كان يوم البيع لاقيمته ، لأن قيمة كل نوع تعتبر بغيره ، فحيث لم يمكن دفع القيمة لما قلنا ولزم من إبقاء الخيار للمشترى ، لزوم الضرر(١) للبائع حصل الإشتباه

---

(١) (قوله نوع معين) هكذا بخطه وصوابه نوعا معينا بالنصب لأنه خبر ليس اهـ مصححه .

(٢) (قوله لزوم للضرر) الأولى حذف قوله لزوم كما لايخفى اهـ مصححه .

إلا إذا بين) فى المجلس لزوال الجهالة (وصح بيع الطعام) هو فى عرف المتقدمين اسم للحنطة ودقيقها (كيلا وجزافا) مثلث الجيم معرب كزاف المجازفة (إذا كان بخلاف جنسه ولم يكن رأس مال سلم) لشرطية معرفته كما سيجئ (أو كان بجنسه وهو دون نصف صاع) إذ لاربا فيه كما سيجئ (و) من المجازفة البيع (بإناء وحجر لايعرف قدره) قيد فيهما وللمشترى الخيار فيهما نهر وهذا (إذا لم يحتمل) الإناء (النقصان و) الحجر (التفتت) فإن احتملهما لم يجز

فى حكم المسألة كما قلنا ، والذى حررته فى رسالتى : تنبيه الرقود أنه ينبغى أن يؤمر المشترى بدفع المتوسط رخصا لا بالأكثر رخصا ولا بالأقل ، حتى لايلزم اختصاص الضرر به ، ولا بالبائع لكن هذا إذا حصل الرخص لجميع أنواع العملة ، أما لو بقى منها نوع على حاله ، فينبغى أن يقال بالزام المشترى الدفع منه لأن اختياره دفع غيره يكون تعنتا بقصده إضرار البائع مع إمكان غيره ، بخلاف ما إذا لم يمكن بأن حصل الرخص للجميع ، فهذا غاية ما ظهر لى فى هذه المسألة والله سبحانه أعلم (قوله إلا إذا بين فى المجلس) قال فى البحر : فإذا ارتفعت الجهالة ببيان أحدهما فى المجلس ، ورضى الآخر صح لا رتفاع المفسد قبل تقرره فصار كالبيان المقارن (قوله هو فى عرف المتقدمين الخ) كذا قاله فى الفتح : واستدل له بحديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام ، أو صاعا من شعير ، لكن قال فى البحر : وفى المصباح الطعام عند أهل الحجاز البر خاصة ، وفى العرف اسم لما يؤكل مثل الشراب اسم لما يشرب وجمعه أطعمة اه والمراد به فى كلام المصنف الحبوب كلها لا البر وحده ولا كل مايؤكل بقرينة قوله كيلا وجزافا اه (قوله كيلا وجزافا) منصوبان على الحال لأنهما بمعنى اسم الفاعل ، أو المفعول فافهم (قوله مثلث الجيم الخ) أى يجوز فى جيمه الحركات الثلاث فى القاموس الجزاف ، والجزافة مثلثتين ، والمجازفة الحدس فى البيع والشراء معرب كزاف اه والحدس الظن والتخمين .

وحاصله مافى المغرب : من أنه البيع والشراء بلاكيل ولاوزن ونقل ط أن شرط جوازه أن يكون مميزا مشارا إليه (قوله إذا كان بخلاف جنسه) أما بجنسه فلا يجوز مجازفة ، لاحتمال التفاضل إلا إذا ظهر تساويهما فى المجلس بحر حتى لو لم يحتمل التفاضل ، كأن باع كفة ميزان من فضة بكفة منها جاز وإن كان مجازفة كما فى الفتح ، والمجازفة فيه بسبب أنه لايعرف قدرها (قوله لشرطية معرفته) لاحتمال أن يتفاسخا السلم فيريد المسلم إليه دفع ما أخذ ، ولا يعرف ذلك إلا بمعرفة القدر ط (قوله ومن المجازفة البيع الخ) صرح بأنه من المجازفة ، مع أن ظاهر المتن أنه ليس منها بقرينة العطف : والأصل فيه المغايرة لأنه على صورة الكيل والوزن وليس به حقيقة أفاده فى النهر (قوله وللمشترى الخيار فيهما) أفاد أن البيع جائز غير لازم وهذا الخيار خيار كشف الحال بحر . وفى رواية : لايجوز البيع والأول أصح ، وأظهر كما فى الهداية وأول فى الفتح قوله : لايجوز بأنه لايلزم توفيقا بين الروايتين أى فلا حاجة إلى التصحيح ، لارتفاع الخلاف ، فاعتراض البحر عليه بأنه خلاف ظاهر الهداية غير ظاهر ، وفى البحر عن السراج ويشترط لبقاء عقد البيع على الصحة بقاء الإناء والحجر على حالها فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع ، لأنه لايعلم مبلغ ماباعه منه اه (قوله وهذا إذا لم يحتمل الإناء النقصان) بأن لاينكبس ولا ينقبض كأن يكون من خشب أو حديد أما إذا كان كالزنبيل والجوالق فلا يجوز إلا فى قرب الماء استحسانا للتعامل نهر (قوله والحجر التفتت) هذا مروى عن أبى يوسف حتى لايجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها ، لأنها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على ذلك ، وليس بشئ فإن البيع بوزن حجر بعينه لايصح إلا بشرط تعجيل التسليم ، ولا جفاف يوجب نقصانا فى ذلك الزمان ،

كبيعه قدر مايملأ هذا البيت ولو قدر مايملأ هذا الطشت جاز سراج (و) صح (فى) ماسمى (صاع فى بيع صبرة كل صاع بكذا) مع الخيار للمشترى لتفرق الصفقة عليه ، ويسمى خيار التكشف (و) صح (فى الكل إن) كيلت فى المجلس لزوال المفسد قبل تقرره أو (سمى جملة قفزانها)

وماقد يعرض من تأخره يوما أو يومين ممنوع بل لايجوز ذلك كما لايجوز فى السلم ، وكل العبارات تفيد تقييدصحة البيع فى ذلك بالتعجيل ، وتمامه فى الفتح قال فى البحر وهو حسن جدا وقواه فى النهر أيضا (قوله كبيعه الخ) عبر فى الفتح وغيره بقوله وعن أبى جعفر باعه من هذه الحنطة قدر مايملأ الطشت جاز ولو باعه قدر مايملأ هذا البيت لايجوز اه (قوله وصح فيما سمى) أشار به إلى أن الصاع ليس بقيد حتى لو قال كل صاعين أو كل عشرة بدرهم صح فى اثنين أوعشرة ، وعلى هذا فقول المتن صاع بدل من «ما» بدل بعض من كل وفيه من الحزازة مالايخفى اه ح (قوله فى بيع صبرة) هى الطعام المجموع سميت بذلك لافراغ بعضهاعلى بعض ومنه قيل للسحاب فوق السحاب صبر قاله الأزهرى ، وأراد صبرة مشارا إليها كما سيأتى ، وليست قيدا بل كل مكيل أو موزون أو معدود من جنس واحد ، إذا لم تختلف قيمته كذلك نهر وقيد بصبرة احترازا عن صبرتين من جنسين ، كما فى الغرر . وقال فى شرحه الدرر : أى لايصح البيع عنده فى القدر المسمى إذا بيع صبرتان من جنسين كصبرتى بر وشعير كل قفيز أوقفيزين بكذا حيث لم يصح البيع عنده فى قفيز واحد لتفاوت الصبرتين ، وعندهما يصح فيهما أيضا وذكر فى المحيط والإيضاح أن العقد يصح على قفيز واحد منهما اه وقوله : يصح أى عنده كما فى الكافى وقوله منهما أى من الصبرتين من جنسين أى من كل واحدة نصف قفيز كما نبه عليه شراح الهداية عزمية (قوله كل صاع بكذا) قيل بجر كل بدل من صبرة ، وقيل مبتدأ وخبر والجملة صفة صبرة اه أى على تقدير القول أى مقول فيها كل صاع بكذا ويحتمل كون الجملة صفة لبيع وكونها فى محل نصب على الحال باضمار القول أيضا (قوله مع الخيار للمشترى) أى دون البائع نهر . وفى البحر : ولم يذكر المصنف الخيار على قول الإمام ، قالوا وله الخيار فى الواحد كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ، ثم نقل عن غاية البيان أن لكل منهما الخيار قبل الكيل ، وذلك لأن الجهالة قائمة أو لتفرق الصفقة ثم قال : وصرح فى البدائع بلزوم البيع فى الواحد ، وهذا هو الظاهر وعندهما البيع فى الكل لازم ولا خيار اه (قوله لتفرق الصفقة عليه) استشكل على قول الإمام ، لأنه قائل بانصرافه إلى الواحد ، فلا تفريق وأجاب فى المعراج بأن انصرافه إلى الواحد مجتهد فيه ، والعوام لاعلم لهم بالمسائل الاجتهادية ، فلا ينزل عالما فلا يكون راضيا كذا فى الفوائد الظهيرية وفيه نوع تأمل اه بحر . ولعل وجه التأمل أنه يلزم عليه أن من علم أن العقد منصرف إلى الواحد لم يثبت له الخيار لعدم تفرق الصفقة عليه ، مع أن كلامهم شامل للعالم وغيره وعن هذا كان الظاهر مامر عن البدائع من لزوم البيع فى الواحد (قوله ويسمى خيار التكشف) أى تكشف الحال بالصحة فى واحد ، وهو من الإضافة إلى السبب ط (قوله إن كيلت فى المجلس) وله الخيار أيضا كما فى الفتح والتبيين والنهر (قوله لزوال المفسد) وهو جهالة المبيع والثمن (قوله قبل تقرره) أى قبل ثبوته بانقضاء المجلس ط (قوله أو سمى جملة قفزانها) وكذا لو سمى ثمن الجميع ولم يبين جملة الصبرة ، كما لو قال بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ، فإنه يجوز فى الجميع اتفاقا بحر :

والحاصل : أنه إن لم يسم جملة المبيع وجملة الثمن صح فى واحد ، وإن سمى أحدهما صح فى الكل كما لو سمى الكل ويأتى بيان مالو ظهر المبيع أزيد أو أنقص ، وبقى ماإذا باع قفيزا مثلا من الصبرة والظاهر أنه يصح بلا خلاف للعلم بالمبيع ، فهو كبيع الصبرة كل قفيز بكذا إذا سمى جملة قفزانها ولذا أفتى فى الخيرية بصحة المبيع بلا ذكر خلاف

بلا خيار لو عند العقد وبه لو بعده فى المجلس أو بعده عندهما به يفتى فإن رضى هل يلزم البيع بلا رضا البائع ؟ الظاهر نعم نهر (وفسد فى الكل فى بيع ثلة) بفتح فتشديد قطيع الغنم (وثوب كل شاة أو ذراع) لف ونشر (بكذا) وإن علم عدد الغنم فى المجلس ، لم ينقلب صحيحا عنده على الأصح ولو رضيا انعقد بالتعاطى

حيث سئل فيمن اشترى غرائر معلومة من صبرة كثيرة ، فأجاب : بأنه يصح ، ويلزم ولا جهالة مع تسمية الغرائر اه (قوله بلا خيار لو عند العقد) صرح به ابن كمال والظاهر أن التسمية قبل العقد فى مجلسه كذلك (قوله وبه او بعده الخ) الضمير الأول للخيار والثانى للعقد قال ح : أى وصح فى الكل بالخيار للمشترى لو سمى جملة قفزانها بعد العقد فى المجلس (قوله أو بعده) أى بعد المجلس (قوله عندهما) راجع لقوله أو بعده لكن لا خيار للمشترى فى هذه الصورة عندهما خلافا لما تقتضيه عبارته أفاده ح :

قلت : فكان الأصوب أن يقول لا بعده وصح عندهما وعبارة الملتقى مع شرحه لا يصح لو زالت الجهالة بأحدهما بعد ذلك أى المجلس لتقرر المفسد وقالا يصح مطلقا اه . ولا يخفى أن عدم الصحة عنده إنما هو فيما زاد على صاع ، أما فيه فالصحة ثابتة وإن لم توجد تسمية أصلا كما تفيده عبارة المتن (قوله وبه يفتى) عزاه فى الشرنبلالية إلى البرهان وفى النهر عن عيون المذاهب وبه يفتى ، لا لضعف دليل الإمام بل تيسيرا اه وفى البحر : وظاهر الهداية ترجيح قولهما لتأخيره دليلهما كما هو عادته اه :

قلت : لكن رجح فى الفتح قوله وقوى دليله على دليلهما ، ونقل ترجيحه أيضا العلامة قاسم عن الكافى والمحبوبى ، والنسفى ، وصدر الشريعة ولعله من حيث قوة الدليل فلا ينافى ترجيح قولهما من حيث التيسير ثم رأيته فى شرح الملتقى أفاد ذلك وظاهره ترجيح التيسير على قوة الدليل (قوله فإن رضى) تفريع على قوله وبه لو بعده فى المجلس (قوله الظاهر نعم) هو رواية محمد عن الإمام استظهرها فى النهر على رواية أبى يوسف عنه أنه لا يجوز إلا بتراضيهما (قوله وفسد فى الكل) أى عنده خلافا لهما لأن الأفراد ، إذا كانت متفاوتة لم يصح فى شئ بحر أى لا فى واحد ولا فى أكثر ، بخلاف مسألة الصبرة وسيأتى ترجيح قولهما وهذا شروع فى حكم القيميات بعد بيان حكم المثليات كالصبرة ونحوها من كل مكيل وموزون (قوله بفتح) أى بفتح الثاء المثلثة أما بضمها ، فالكثير من الناس أو من الدراهم وبكسرها الهلكة كما فى القاموس (قوله وثوب) أى يضره التبعيض أما فى الكرباس ، فينبغى جوازه فى ذراع واحد كما فى الطعام الواحد بحر عن غاية البيان :

قلت : ووجهه ظاهر فإن الكرباس فى العادة لا يختلف ذراع منه عن ذراع ، ولذا فرض القهستانى المسألة فيما يختلف فى القيمة وقال : فإن الذراع من مقدم البيت أو الثوب أكثر قيمة من مؤخره اه فأفاد أن ما لا يختلف مقدمه ومؤخره فهو كالصبرة (قوله كل شاة) أما لو قال شاتين بعشرين ، وسمى الجملة مائة مثلا كان باطلا إجماعا وإن وجده كما سمى ، لأن كل شاة لا يعرف ثمنها إلا بإنضمام غيرها إليها قاله الحدادى ، وفى الخانية ولو كان ذلك فى مكيل أو موزون أو عددى متقارب جاز نهر (قوله وإن علم) أى بعد العقد كما يفيده ما يأتى (قوله ولو رضيا الخ) فى السراج قال الحلوانى : الأصح أن عند أبى حنيفة إذا أحاط علمه بعدد الأغنام فى المجلس ، لا ينقلب صحيحا لكن لو كان البائع على رضاه ورضى المشترى ينعقد البيع بينهما بالتراضى ، كذا فى الفوائد الظهيرية ونظيره البيع بالرقم اه بحر : وفى المجتبى ولو اشترى عشر شياه من مائة شاة أو عشر بطيخات من وقر ، فالبيع باطل ، وكذا الرمان ولو عزلها البائع وقبلها اشترى جاز استحسانا والعزل والقبول بمنزلة إيجاب وقبول اه ومثله فى التتارخانية وغيرها قال الخير الرملى : وفيه نوع إشكال وهو أنه تقدم أن التعاطى بعد عقد فاسد لا ينعقد به البيع اه وانظر ماقدمناه من الجواب عند الكلام على بيع التعاطى :

ونظيره البيع بالرقم سراج (وكذا) الحكم (فى كل معدود متفاوت) كإبل وعبيد وبطيخ وكذا كل مافى تبعيضه ضرر كمصوغ أوان بدائع ولو سمى عدد الغنم أو الذرع أو جملة الثمن صح اتفاقا ، والضابط لكلمة كل أن الأفراد إن لم تعلم نهايتها فإن لم تؤد للجهالة فللإستغراق كيمين وتعليق وإلا فإن لم تعلم فى المجلس فعلى الواحد اتفاقا كإجارة وكفالة

مطلب البيع بالرقم

(قوله ونظيره البيع بالرقم) بسكون القاف علامة يعرف بها مقدار ماوقع به البيع من الثمن ، فإذا لم يعلم المشترى ينظر إن علم فى مجلس البيع نفذ ، وإن تفرقا قبل العلم بطل درر من باب البيع الفاسد ، وتعقبه فى الشرنبلالية بأن النافذ لازم وهذا فيه الخيار بعد العلم بقدر الثمن فى المجلس ، وبأن قوله : بطل غير مسلم لأنه فاسد ، يفيد الملك بالقبض وعليه قيمته بخلاف الباطل . وأجيب عن الأول بأنه ليس كل نافذ لازما فقد شاع أخذهم النافذ مقابلا للموقوف اه وفى الفتح : أن البيع بالرقم فاسد لأن الجهالة تمكنت فى صلب العقد وهو جهالة الثمن (١) . بسبب الرقم وصارت بمنزلة القمار للخطر الذى فيه أنه سيظهر كذا وكذا وجوزاه فيما إذا علم فى المجلس بعقد آخر هو التعاطى كما قاله الحلوانى اه وانظر ماقدمناه فى بحث البيع بالتعاطى (قوله ولو سمى الخ) أى فى صلب العقد ، فلا ينافى قوله : وإن علم عدد الغنم فى المجلس الخ قال فى البحر : قيد بعدم تسمية ثمن الكل لأنه لو سمى كما إذا قال بعتك هذا الثوب بعشرة دراهم ، وكل ذراع بدرهم فإنه جائز فى الكل اتفاقا كما لو سمى جملة الذرعان أو القطيع اه .

مطلب الضابط فى كل

(قوله والضابط لكلمة كل الخ) اعلم أنهم ذكروا فروعا فى كل ظاهرها التنافى ، فإنهم تارة جعلوها مفيدة للاستغراق ، وتارة للواحد وتارة لاتفيد شيئا منهما فاقتحم صاحب البحر فى ذكر ضابط يحصر الفروع المذكورة بعد تصريحهم ، بأن لفظ كل لاستغراق أفراد مادخلته من المنكر وأجزائه فى المعرف :

قلت : ولذا صح قولك كل رمان مأكول بخلاف قولك : كل الرمان مأكول لأن بعض أجزائه كقشره غير مأكول (قوله إن لم تعلم نهايتها) أما إن علمت فالأمر فيها واضح كما إذا قال كل زوجة لى طالق ، وله أربع زوجات مثلا فإن كلا تستغرقها اه ح أى بلا تفصيل (قوله فإن لم تؤد للجهالة) أى المفضية إلى المنازعة والأولى قول البحر : فإن لم تفض الجهالة إلى منازعة (قوله كيمين وتعليق) عطف تفسير وعبارة البحر كمسألة التعليق والأمر بالدفع عنه وذكر قبله مسألة التعليق وقال : إنها للكل اتفاقا كما إذا قال كل امرأة أتزوجها ، أو كلما اشتريت هذا الثوب أو ثوبا فهو صدقة أو كلما ركبت هذه الدابة أو دابة ، وفرق أبو يوسف بين المنكر والمعين فى الكل وتمامه فى الزيلعى من التعليق وفى الخانية كلما أكلت اللحم ، فعلى درهم ، فعليه بكل لقمة درهم ، وذكر مسألة الأمر بالدفع فيما إذا أمر رجلا بأن يدفع لزوجته نفقة فقال ادفع عنى كل شهر كذا فدفع المأمور أكثر من شهر لزم الآمر (قوله وإلا) أى بأن أدت للجهالة المفضية إلى المنازعة (قوله فإن لم تعلم) أى لم يمكن علمها كما فى البحر ، ففى عبارته تسامح (قوله كإجارة) صورته : آجرتك دارى كل شهر بكذا صح فى شهر واحد ، وكل شهر سكن أوله لزمه (قوله وكفالة) صورته : إذا ضمن لها نفقتها كل شهر أو كل يوم ، لزمه نفقة واحدة عند الإمام ،

---

(١) (قوله وهو جهالة الثمن) هكذا بخطه والصواب وهى بالتأنيث أى الجهالة اه مصححه .

وإقرار وإلا فإن تفاوتت الأفراد كالغنم لم يصح فى شيء عنده ، والأصح فى واحد عنده كالصبرة وصححاه فيهما فى الكل بحر : وفى النهر عن العيون والشرنبلالية عن البرهان والقهستانى عن المحيط وغيره وبقولهما يفتى تيسيرا (وإن باع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم وهى أقل أو أكثر أخذ) المشترى (الأقل بحصته) إن شاء (أو فسخ) لتفرق الصفقة وكذا كل مكيل أو موزون

خلافا لأبى يوسف بحر (قوله وإقرار) صورته : إذا قال لك على كل درهم ، ولو زاد من الدراهم فقياس قول الإمام عشرة وقالا ثلاثة بحر :

[تنبيه] زاد فى البحر هنا قسما آخر ، وعبارته ثم رأيت بعد ذلك فى آخر غصب الخانية من مسائل الإبراء لو قال : كل غريم لى فهو فى حل قال ابن مقاتل لا يبرأ غرماؤه ، لأن الإبراء إيجاب الحق للغرماء وإيجاب الحقوق لا يجوز إلا لقوم بأعيانهم ، وأما كلمة كل فى باب الإباحة فقال فى الخانية من ذلك الباب لو قال : كل إنسان تناول من مالى فهو له حلال قال محمد بن سلمة : لا يجوز ومن تناوله ضمن ، وقال أبو نصر محمد بن سلام : هو جائز نظرا إلى الإباحة ، والإباحة للمجهول جائزة ، ومحمد جعله إبراء عما تناوله والإبراء للمجهول باطل والفتوى على قول أبى نصر اهـ ويمكن أن يقال فى الضابط بعد قوله فهو على الواحد اتفاقا إن لم يكن فيه إيجاب حق لأحد فإن كان لم يصح ولا فى واحد كمسألة الإبراء اهـ كلام البحر (قوله وإلا) أى بأن علمت فى المجلس والمراد أمكن علمها فيه كما قدمناه عن البحر فى قوله : فإن لم تعلم وحينئذ فلا يرد أن الغنم إن علمت فى صلب العقد صح فى الكل وإن الصبرة إن علمت فى المجلس صح فى الكل أيضا فافهم (قوله كالغنم) أدخلت الكاف كل معدود متفاوت ط (قوله وإلا) بأن لم تتفاوت (قوله وصححاه فيهما فى الكل) أى وصحح الصاحبان العقد فى الثلة والصبرة فى كل الغنم وكل الأقفزة اهـ ح : أى سواء علم فى المجلس أولا ، والأولى إرجاع ضمير فيهما إلى المثلى والقيمى ، ليشمل المذروع وكل معدود متفاوت ، وعبارة مواهب الرحمن هكذا وبيع صبرة مجهولة القدر كل صاع بدرهم وثلة أو ثوب كل شاة أو ذراع بدرهم صحيح فى واحدة فى الأولى فاسد فى كل الثانية والثالثة وأجازه فى الكل كما لو عم فى المجلس بكيل :

أقول : وبه يفتى اهـ وعبارة القهستانى ، وهذا كله عنده ، وأما عندهما فنفذ فى الكل فى الصورتين : أى صورتى المثلى والقيمى بلا خيار للمشترى إن رآه وعليه الفتوى كما فى المحيط وغيره اهـ (قوله وإن باع صبرة الخ) قيل هذا مقابل قوله وفى صاع فى بيع صبرة :

قلت : وفيه نظر بل مقابله قوله وصح فى الكل إن سمى جملة قفزانها وما هنا بيان لذلك المقابل وتفصيل له فافهم (قوله على أنها مائة قفيز) قيد بكونه بيع مكايلة لأنه لو اشترى حنطة مجازفة فى البيت ، فوجد تحتها دكانا خير بين أخذها بكل الثمن ، وتركها وكذا لو اشترى بئرا من حنطة ، على أنها كذا وكذا ذراعا ، فإذا هى أقل ، وإذا كان طعاما فى حب فإذا نصفه تبن يأخذه بنصف الثمن ، لأن الحب وعاء يكال فيه فصار المبيع حنطة مقدرة والبيت والبئر لا يكال بهما وشمل ما إذا كان المسمى مشروطا باللفظ أو بالعادة ، لما فى البزازية اتفق أهل بلدة على سعر الخبز واللحم ، وشاع على وجه لا يتفاوت فأعطى رجل ثمنا واشترى وأعطاه أقل من المتعارف إن من أهل البلدة يرجع بالنقصان فيهما من الثمن ، وإلا رجع فى الخبز لأنه فيه متعارف ، فيلزم الكل لا فى اللحم فلا يعم اهـ بحر (قوله أخذ الأقل بحصته أو فسخ) أطلق فى تخييره عند النقصان فى المثلى ، وذكر له فى البحر قيدين الأول عدم قبضه كل المبيع أو بعضه فإن قبض الكل لا يخير كما فى الخانية ، يعنى بل يرجع فى النقصان ، والثانى عدم كونه مشاهدا له

ليس فى تبعيضه ضرر (وما زاد للبائع) لوقوع العقد على قدر معين (وإن باع المذروع مثله) على أنه مائة ذراع مثلا (أخذ) المشترى (الأقل بكل الثمن أو ترك)

لما فى الخانية اشترى سويقا على أن البائع لته بمن من السمن وتقابضا والمشترى ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف ، من جاز البيع ولاخيار للمشترى لأن هذا مما يعرف بالعيان ، فإذا عاينه انتفى الغرر كما لو اشترى صابونا على أنه متخذ من كذا جرة من الدهن فظهر أنه متخذ من أقل ، والمشترى ينظر إلى الصابون وقت الشراء ، وكذا لو اشترى قميصا على أنه متخذ من عشرة أذرع ، وهو ينظر إليه فإذا هو من تسعة جاز البيع ولا خيار للمشترى اه : واعترض فى النهر الأول بأن الموجب للتخيير إنما هو تفريق الصفقة ، وهذا القدر ثابت فيما لو وجده بعد القبض ناقصا إلا أن يقال إنه بالقبض صار راضيا بذلك فتدبره اه :

قلت : هذا ظاهر إذا علم بنقصه قبل القبض ، وإلا فلا يكون راضيا فينبغى التفصيل تأمل . واعترض فى النهر أيضا الثانى ، بأن الكلام فى مبيع ينقسم أجزاء الثمن فيه على أجزاء المبيع وما فى الخانية ليس منه لتصريحهم ، بأن السويق قيمى لما بين السويقين من التفاوت الفاحش بسبب القلى ، وكذا الصابون كما فى جامع الفصولين ، وأما الثوب فظاهر وعلى هذا ، فما سيأتى من أنه يخير فى نقص القيمى بين أخذه بكل الثمن ، أو تركه مقيدا بما إذا لم يكن مشاهدا فتدبره اه :

قلت : وينبغى أن يكون هذا فيما يمكن معرفة النقصان فيه بمجرد المشاهدة ، وذلك إنما يظهر فيما يفحش نقصانه فإذا شاهده يكون راضيا به ، ثم إن الظاهر من كلام الخانية أنه عند المعاينة يلزم البيع بكل الثمن ، بلاخيار وكلامنا فى التخيير بين الفسخ وأخذ الأقل بحصته لا بكل الثمن ، فلذا جعل في النهر عدم المشاهدة قيدا فى القيمى ، لا فى المثلى أى أنه فى القيمى يأخذ الأقل بكل الثمن بلاخيار إذا كان مشاهدا وعن هذا لم يذكره الشارح هنا بل فى القيمى (قوله ليس فى تبعيضه ضرر) خرج ما فى تبعيضه ضرر لما فى الخانية لو باع لؤلؤة على أنها تزن مثقالا فوجدها أكثر سلمت للمشترى لأن الوزن فيما يضره التبعيض وصف بمنزلة الذرعان فى الثوب اه وفيها القول للمشترى فى النقصان ، وإن وزنه له البائع مالم يقر بأنه قبض منه المقدار اه نهر (قوله وما زاد للبائع) راجع إلى قوله أو أكثر قال فى النهر وقيده الزاهدى بما لا يدخل تحت الكيلين ، أو الوزنين أما ما يدخل ، فلا يجب رده واختلف فى قدره فقيل نصف درهم فى مائة وقيل دانق فى مائة لاحكم له وعن أبى يوسف دانق فى عشرة كثير وقيل مادون حبة عفو فى الدينار وفى القفيز المعتاد فى زماننا نصف من اه :

مطلب المعتبر ماوقع عليه العقد وإن ظن البائع أو المشترى أنه أقل أو أكثر

(قوله على قدر معين) فما زاد عليه لا يدخل فى العقد فيكون للبائع بحر ومفاده : أن المعتبر ماوقع عليه العقد من العدد ، وإن كان ظن البائع أو المشترى أنه أقل أو أكثر ولذا قال فى القنية : عد الكواغد فظنها أربعة وعشرين وأخبر البائع به ثم أضاف العقد إلى عينها ولم يذكر العدد ثم زادت على ماظنه فهى حلال للمشترى :

ساومه الحنطة كل قفيز بثمن معين وحاسبوا فبلغ ستمائة درهم فغلطوا ، وحاسبوا المشترى بخمسمائة ، وباعوها منه بالخمسمائة ثم ظهر أن فيها غلطا لا يلزمه إلا خمسمائة :

أفرز القصاب أربع شياه فقال بائعها هى بخمسة كل واحدة بدينار وربع ، فجاء القصاب بأربعة دنانير فقال : هل بعث هذه بهذا القدر والبائع يعتقد أنها خمسة صح البيع قال : وهذا إشارة إلى أنه لا يعتبر ماسبق أن كل واحدة بدينار وربع اه وأقره فى البحر (قوله وإن باع المذروع) كثوب وأرض درمنتقى (قوله على أنه مائة ذراع)

إلا إذا قبض المبيع أو شاهده فلا خيار له لانتفاء الغرور نهر (و) أخذ (الأكثر بلا خيار للبائع) لأن الذرع وصف لتعيبه بالتبعيض ضد القدر والوصف لايقابله شيء من الثمن إلا إذا كان مقصودا بالتناول كما أفاده بقوله (وإن قال) في بيع المذروع (كل ذراع بدرهم أخذ الأقل بحصته) بصيرورته أصلا بإفراده بذكر الثمن (أو ترك) لتفريق الصفقة (وكذا) أخذ (الأكثر كل ذراع بدرهم أو فسخ) لدفع ضرر التزام للزائد (وقد بيع عشرة أذرع من مائة ذراع

بيان للمثلية والأولى أن يزيد بمائة درهم لتتم المماثلة (قوله إلا إذا قبض المبيع أو شاهده الخ) قدمنا قريبا أن صاحب البحر ذكر ذلك في بيع المثلي كالصبرة إذا ظهر المبيع ناقصا وأنه في النهر بحث في الأول بأنه لافرق بين ماقبل قبض أو بعده، وفي الثاني بأنه مسلم في نقص القيمي دون المثلي فلذا ذكر الشارح ذلك في المذروع لأنه قيمي، وترك ذكره في المثلي وكأنه لم يعتبر مابحثه في النهر في الأول، وهو اعتبار القبض، وقدمنا أنه ينبغي التفصيل، وأن سقوط الخيار بالمشاهدة ينبغي أن يكون فيما يدرك نقصانه بالمشاهدة (قوله وأخذ الأكثر) أي قضاء وهل تحل له الزيادة ديانة فيه خلاف نقله في البحر عن المعراج.

قلت: وظاهر إطلاق المتون اختيار الحل وفي البحر، عن العمدة لو اشترى حطبا على أنه عشرون وقرا فوجده ثلاثين طابت له الزيادة كما في الذرعان قال في البحر: وهو مشكل وينبغي أن يكون من قبيل القدر، لأن الحطب لايتعيب بالتبعيض، فينبغي أن تكون الزيادة للبائع خصوصا إن كان من الطرفاء التي تعورف وزنها بالقاهرة اهـ (قوله لأن الذرع وصف الخ) بيان لوجه الفرق بين القدر في المثليات من مكيل وموزون، وبين الذرع في القيميات حيث جعل القدر أصلا والذرع وصفا وبنوا على ذلك أحكاما منها ماذكروه هنا من مسألة بيع الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة وبيع المذروع كذلك، وقد اختلفوا في وجه الفرق، على أقوال: منها ماذكره الشارح هنا وكذا في شرحه على الملتقى حيث قال قلت: وإنما كان الذرع وصفا دون المقدار، لأن التشقيص يضر الأول دون الثاني، وقالوا ماتعيب بالتشقيص والزيادة والنقصان وصف وما ليس كذلك أصل، وكل ماهو وصف في المبيع لايقابله شيء من الثمن الخ (قوله إلا إذا كان مقصودا بالتناول) أي تناول المبيع له كأنه جعل كل ذراع مبيعا ط (قوله لصيرورته) أي الذرع أصلا أي مقصودا كالقدر في المثليات (قوله بإفراده) الباء للسببية (قوله كل ذراع بدرهم) بنصب كل حال من الأكثر لتأوله بالمشتق أي مذروعا كل ذراع بدرهم (قوله أو فسخ) حاصله: أن له الخيار في الوجهين أما في النقصان فلتفرق الصفقة، وأما في الزيادة فلدفع ضرر التزام الزائد من الثمن، وهو قول الإمام وهو الأصح وقيل: الخيار فيما تتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل، وأما فيما لاتتفاوت كالكرباس فلا يأخذ الزائد لأنه في معنى المكيل كذا في شرح الملتقى ط. وقدمنا وجه كونه في معنى المكيل، وأنه جزم به في البحر عن غاية البيان ويأتي أيضا وكذا يأتي في كلام المصنف ما إذا كانت الزيادة أو النقصان بنصف ذراع، ففيه تفصيل، وفيه خلاف.

[تنبيه] قال في الدرر إنما قال في الأولى: أو ترك وقال ههنا: أو فسخ لأن البيع لما كان ناقصا في الأولى، لم يوجد المبيع فلم ينعقد البيع حقيقة وكان أخذ الأقل بالأقل كالبيع بالتعاطي، وفي الثانية وجد المبيع مع زيادة هي تابعة في الحقيقة فتدبر اهـ (قوله من مائة ذراع) قيد به وإن كان فاسدا عنده بين جملة ذرعانها، أولا لدفع قول الخصاف إن محل الفساد عنده فيما إذا لم يسم جملتها، فإنه ليس بصحيح، وليصح قوله لا أسهم فإنه لو لم يبين جملة السهام كان فاسدا اتفاقا، وحينئذ يكون الفساد، فيما إذا لم يبين جملة الذرعان مفهوما أولويا أفاده

من دار) أو حمام وصححاه وإن لم يسم جملتها على الصحيح لأن إزالتها بيدهما (لا) يفسد ببيع عشرة (أسهم) من مائة سهم اتفاقا لشيوع السهم لا الذراع بقى لو تراضيا على تعيين الأذرع فى مكان لم أره وينبغى انقلابه صحيحا لو فى المجلس ولو بعده فبيع بالتعاطى نهر (اشترى عددا من قيمى) ثيابا أو غنما جوهرة (على أنه كذا فنقص أو زاد فسد) للجهالة ولو اشترى أرضا على أن فيها كذا نخلا مثمرا فإذا واحدة فيها لاتثمر فسد بحر (كما لو باع عدلا) من الثياب (أو غنما واستثنى واحدا بغير عينه) فسد (ولو بعينه جاز) البيع خانية (ولو بين ثمن كل من القيمى) بأن قال كل ثوب منه بكذا

فى البحر (قوله من دار أوحمام) أشار إلى أنه لا فرق بين ما يحتمل القسمة ومالا يحتملها ح (قوله وصححاه الخ) ذكر فى غاية البيان نقلا عن الصدر الشهيد ، والإمام العتابى أن قولهما ، بجواز البيع إذا كانت الدار مائة ذراع ، ويفهم هذا من تعليلهما أيضا حيث قالا : لأن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم ، وله أن البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع ، لأن الذراع فى الأصل اسم لخشبة يذرع بها ، واستعير ههنا لما يحله ، وهو معين لامشاع لأن المشاع لايتصور أن يذرع ، فإذا أريد به مايحله ، وهو معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد درر .

قلت : ووجه كون الموضع مجهولا أنه لم يبين أنه من مقدم الدار ، أو من مؤخرها وجوانبها تتفاوت قيمة فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية إلى النزاع ، فيفسد كبيع بيت من بيوت الدار كذا فى الكافى عزمية (قوله على الصحيح الخ) حاصله : أنه إذا سمى جملة الذرعان صح ، وإلا فقيل لايجوز عندهما للجهالة والصحيح الجواز عندهما ، لأنها جهالة بيدهما أى المتبايعين إزالتها بأن تقاس كلها فيعلم نسبة العشرة منها فيعلم المبيع فتح (قوله لشيوع السهم) لأن السهم اسم للجزء الشائع ، فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم كما فى الفتح أى فهو كبيع عشرة قراريط مثلا من أربعة وعشرين ، فإنه شائع فى كل جزء من أجزاء الدار بخلاف الذراع كما مر (قوله فبيع بالتعاطى) بناء على أنه لايلزم فى صحته مقاركة العقد الأول ، وقدمنا الكلام عليه (قوله اشترى عددا) أى معدودا وقوله : من قيمى بيان له واحترز به عن المثلى كالصبرة وقد مر حكمها وبالعددى عن المذروع ومر حكمه أيضا فما قيل إن الأولى أن يقول اشترى قيميا على أنه كذا لأن كذا عبارة عن العدد مدفوع فافهم (قوله على أنه كذا) بأن قال : بعتك مافى هذا العدل ، على أنه عشرة أثواب بمائة درهم نهر ، وفسر الشراء فى كلام الكنز بالبيع فلذا صوره به وهو غير لازم (قوله للجهالة) أى جهالة الثمن فى النقصان ، لأنه لاتنقسم أجزاؤه ، على أجزاء المبيع القيمى ، فلم يعلم للثوب الناقص حصة معلومة من الثمن المسمى ، لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا وجهالة المبيع فى فصل الزيادة لأنه يحتاج إلى رد الزائد فيتنازعان فى المردود نهر (قوله مثمرا) قيد به لأنه لو باع أرضا على أن فيها كذا نخلة ، فوجدها المشترى ناقصة جاز البيع ، ويخير المشترى إن شاء أخذها بجميع الثمن وإن شاء ترك ، لأن الشجر يدخل فى بيع الأرض تبعا ، ولا يكون له قسط من الثمن وكذا لو باع دارا على أن فيها كذا كذا بيتا فوجدها ناقصة جاز البيع ، ويخير على هذا الوجه بحر عن الخانية (قوله فسد) لأن الثمر له قسط من الثمن ، فإذا كانت الواحدة غير مثمرة لم يدخل المعدوم فى البيع فصارت حصة الباقى مجهولة فيكون هذا ابتداء عقد فى الباقى بثمن مجهول ، فيفسد البيع بحر عن الخانية (قوله كما لو باع) تنظير لا تمثيل ، وقوله : عدلا بكسر العين فى المغرب : عدل الشىء مثله من جنسه وفى المقدار أيضا ومنه عدلا الحمل اه فعدل الحمل مايساوى العدل الآخر فى مقداره وهذا شامل للوعاء ومافيه من الثياب ونحوها والمراد به هنا الثياب (قوله فسد) لأنه يؤدى إلى التنازع فى المستثنى بخلاف ما إذا كان معينا (قوله ولو بين الخ)

(ونقص) ثوب (صح) البيع (بقدره) لعدم الجهالة (وخير) لتفرق الصفقة (وإن زاد) ثوبا (فسد) لجهالة المزيد ولو رد الزائد أو عزله هل يحل له الباقى خلاف (اشترى ثوبا) تتفاوت جوانبه فلو لم تتفاوت ككرباس لم تحل له الزيادة إن لم يضره القطع وجاز بيع ذراع منه نهر (على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة فى عشرة و) زيادة (نصف بلا خيار) لأنه أنفع (و) أخذه (بتسعة فى تسعة ونصف بخيار) لتفرق الصفقة وقال محمد يأخذه فى الأول بعشرة ونصف بالخيار وفى الثانى بتسعة ونصف به

راجع إلى قوله اشترى عددا من قيمى (قوله ونقص ثوب) الأولى أن يقول : ثوبا كما قال فى طرف الزيادة ، فيكون فى نقص ضمير يعود على القيمى ، وثوبا تمييز وعلى جعله فاعل نقص يحتاج إلى تقدير ضمير مجرور بمن يعود على القيمى فتدبر (قوله بقدره) أى بما سوى قدر الناقص فتح ونهر . والأولى بقدر ماسوى الناقص أو بقدر الموجود المعلوم من المقام أو بقدر القيمى المذكور الذى نقص ثوبا ، وهذا أقرب بناء على ماقلنا من أن الأولى نصب ثوبا فيتحد مرجع الضمير في نقص وفى بقدره (قوله لجهالة المزيد) فتقع المنازعة فى تعيين العشرة المبيعة من الأحد عشر كما فى النهر (قوله ولو رد الزائد) أى إلى البائع إن كان حاضرا وقوله : أو عزله أى أفرزه وأبقاه عنده إن كان البائع غائبا (قوله خلاف) مذكور فى الشرح والنهر : لم يذكر فى النهر(١) خلافا ، وإنما ذكره فى شرح المصنف وعبارته :

قلت : وفى البزازية اشترى عدلا على أنه كذا فوجده أزيد والبائع غائب يعزل الزائد ، ويستعمل الباقى ، لأنه ملكه اه وكأنه استحسان ، وإلا فالبيع فاسد لجهالة المزيد ، وقد صرح فى الخانية والقنية بأن محمدا قال فيه أستحسن أن يعزل ثوبا من ذلك ، ويستعمل البقية ، وفيها قبله اشترى شيئا فوجده أزيد يدفع الزيادة إلى البائع والباقى حلال له فى المثليات ، وفى ذوات القيم لايحل له حتى يشترى منه الباقى إلا إذا كانت تلك الزيادة مما لا تجرى فيها الضنة فحينئذ يعذر اه وهو يقتضى عدم الحل عند غيبة البائع بالأولى فهو معارض لما تقدم اه : مافى شرح المصنف ، وهو مأخوذ من البحر ، ويمكن دفع المعارضة بحمل الثانى على القياس ، فلا ينافى مامر أنه استحسان ويظهر منه ترجيح مامر ، لكن ذكروا الاستحسان فى صورة غيبة البائع قال فى الخانية : فإن غاب البائع قالوا يعزل المشترى من ذلك ثوبا ، ويستعمل الباقى وهذا استحسان أخذ به محمد نظرا للمشترى اه أى لأنه عند غيبة البائع يلزم الضرر على المشترى ، بعدم الانتفاع بالمبيع إلى حضور البائع ، وربما لايحضر أو تطول غيبته فلذا استحسن محمد عزل ثوب ، واستعمال الباقى نظرا للمشترى ، وهذا لا يجرى فى صورة حضرة البائع لإمكان تجديد العقد معه ، فالظاهر بقاؤه على القياس ، وبه ظهر أنه لامعارضة بين الكلامين ، وأن ماذكره الشارح من إجراء الخلاف فى الصورتين غير محرر فافهم (قوله وجاز بيع ذراع منه نهر) عبارة النهر قيدنا بتفاوت جوانبه لأنها لو لم تتفاوت كالكرباس لا تسلم له الزيادة لأنه بمنزلة الموزون ، حيث لايضره النقصان ، وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه اه (قوله فى عشرة وزيادة نصف) أى فيما إذا ظهر أنه عشرة ونصف (قوله لأنه أنفع) كما لو اشتراه معيبا فوجده سالما نهر أى حيث لاخيار له (قوله فى تسعة ونصف) أى فى نقصانه نصفا عن العشرة (قوله وقال محمد الخ) يوجد قبل هذا فى بعض النسخ وقال أبو يوسف : يأخذه فى الأولى بأحد عشر بالخيار ، وفى الثانية بعشرة به (قوله وفي الثانى بتسعة ونصف به) لأن من ضرورة مقابلة الذراع

---

(١) قوله (لم يذكر فى النهر الخ) سياق هذا الكلام يقتضى أن قوله مذكور فى الشرح والنهر من عبارة الشارح ولعلها نسخته وإلا فنسخ الشارح التى بيدى ليس فيها قوله مذكور الخ وليحرر اه مصححه .

وهو أعدل الأقوال بحر وأقره المصنف وغيره .

قلت : لكن صحح القهستاني وغيره قول الإمام وعليه المتون فعليه الفتوى .

فصل فيما يدخل في البيع تبعا ومالا يدخل

الأصل أن مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين إحداهما ما أفاده بقوله (كل ما كان في الدار من البناء) المعنى كل ماهو متناول اسم المبيع عرفا يدخل بلا ذكر وذكر الثانية بقوله (أو متصلا به تبعا لها دخل في بيعها) يعني أن كل ما كان متصلا بالبيع اتصال قرار وهو ماوضع لا لأن يفصله البشر دخل تبعا

بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرى عليه حكمهما درر وقوله به أي بالخيار لأن في الزيادة نفعا يشوبه ضرر بزيادة الثمن عليه ، وفي النقصان فوات وصف مرغوب فيه نهر (قوله وهو) أي قول محمد أعدل الأقوال قال الإتقاني وفي غاية البيان وبه نأخذ (قوله لكن صحح القهستاني وغيره الخ) وفي الفتح عن الذخيرة قول أبي حنيفة أصح اه وفي تصحيح العلامة قاسم عن الكبرى أنه المختار (قوله فعليه الفتوى) تفريع على ما ذكر من تصحيحه ، ومشى المتون عليه لأنه إذا اختلف التصحيح لقولين، وكان أحدهما قول الإمام أو في المتون أخذ بما هو قول الإمام لأنه صاحب المذهب وبما في المتون لأنها موضوعة لنقل المذهب وهنا اجتمع الأمران فافهم والله سبحانه وتعالى أعلم .

فصل فيما يدخل في البيع تبعا ومالا يدخل فيه مايصح استثناؤه من المبيع ومسائل أخر

(قوله الأصل الخ) في المصباح أصل الشيء : أسفله وأساس الحائط : أصله حتى قيل أصل كل شيء مايستند وجود ذلك الشيء إليه اه وفيه أيضا القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط ، وهو الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته اه فالمراد هنا أن الأصل الذي يستند إليه معرفة هذا الفصل ، هو أن مسائله مبنية على قاعدتين ولا يخفى أن هذا تركيب صحيح فافهم (قوله على قاعدتين) الأولى أن يقول على ثلاث قواعد كما فعل في الدرر وقال والثالث أن مالا يكون من القسمين إن كان من حقوق المبيع ، ومرافقه يدخل في المبيع بذكرها وإلا فلا اه وقد ذكره الشارح بقوله وما لم يكن من القسمين الخ أفاده ط (قوله يعني كل ماهو متناول اسم المبيع) أشار به إلى أن البناء في كلام المصنف مثال لاقيد وكذا الدار ط (قوله اتصال قرار الخ) فيدخل الحجارة المخلوقة والمثبتة في الأرض والدار لا المدفونة ، يدل عليه قولهم : لو اشترى أرضا بحقوقها وانهدم حائط منها ، فإذا فيه رصاص أو ساج أو خشب إن من جملة البناء كالذي يكون تحت الحائط يدخل ، وإن شيئا مودعا فيه فهو للبائع ، وإن قال البائع ليس لي فحكمه حكم اللقطة فقولهم شيئا مودعا يدخل فيه الأحجار المدفونة ، ويقع كثيرا في بلادنا أنه يشترى الأرض أو الدار ، فيرى المشترى فيها بعد حفرها أحجار المرمر والكذان ، والبلاط والحكم فيه إن كان مبنيا ، فللمشترى وإن موضوعا لاعلى وجه البناء فللبائع وهي كثيرة الوقوع فاغتنم ذلك بقي لو ادعى البائع أنها كانت مدفونة ، فلم تدخل والمشترى أنها مبنية فقد يقال يتحالفان ، لأنه يرجع إلى الاختلاف في قدر المبيع وقد يقال : يصدق البائع لأن اختلافهما في تابع لم يرد عليه العقد والتحالف على خلاف القياس ، فيما ورد عليه العقد ، فلا يقاس عليه غيره ، والبائع ينكر خروجه عن ملكه والأصل بقاء ملكه فتأمل اه ملخصا من حاشية المنح للخير الرملي (قوله وهو ماوضع لا لأن يفصله البشر الخ) فيدخل الشجر كما يأتي ، لاتصالها بها اتصال قرار إلا اليابس ، لأنه على شرف القلع كما يأتي ولا يدخل الزرع لأنه متصل لأن يفصل ، فأشبه متاعا فيها كما في الدرر ، وإنما يدخل المفتاح ، لأنه تبع للغلاق المتصل فهو كالجزء منه إذلا ينتفع به إلا به بخلاف مفتاح القفل كما يأتي .

ومالافلا ومالم يكن من القسمين فإن من حقوقه ومرافقه دخل بذكرها وإلا لا (فيدخل البناء والمفاتيح) المتصلة أغلاقها كضبة وكيلون ولو من فضة لا القفل لعدم اتصاله (والسلم المتصل والسرير

والحاصل : أنه قد يدخل بعض المنقول المنفصل إذا كان تبعا للمبيع بحيث لاينتفع به إلا به فيصير كالجزء كولد البقرة الرضيع بخلاف ولد الأتان ، وقد يدخل عرفا كقلادة الحمار وثياب العبد (قوله ومالا فلا) تبع فيه الدرر والمناسب إسقاطه ليصح التفصيل فى قوله : ومالم يكن من القسمين الخ تأمل (قوله فإن من حقوقه ومرافقه) المرافق هى الحقوق فى ظاهر الرواية ، فهو عطف مرادف ، والحق ماهو تبع للمبيع ولابد له منه ولا يقصد إلا لأجله كالطريق والشرب للأرض كما سيأتى فى باب الحقوق إن شاء الله تعالى (قوله دخل بذكرها) أى بذكر الحقوق والمرافق (قوله وإلا لا) أى وإن لم يكن من حقوقه ومرافقه لايدخل وإن ذكرها فلايدخل الثمر بشراء شجر ، لأنه وإن كان اتصاله خلقيا فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع إلا إذا قال بكل مافيها أومنها لأنه حينئذ يكون من المبيع كما فى الدرر (قوله فيدخل البناء والمفاتيح الخ) وكذا العلو والكنيف كما فى الدرر وقوله الآتى فى بيع دار متعلق بيدخل : أى إذا باعها بحدودها يدخل ماذكر وإن لم يقل بكل حق لها أو بمرافقها كما فى الدرر ، قال لأن الدار اسم لما يدار عليه الحدود ، والعلو منها وكذا البناء ثم قال لايدخل فى بيعها الظلة والطريق والشرب والمسيل إلا به أى بكل حق لها ونحوه أما الظلة فلأنها مبنية على هواء الطريق ، فأخذت حكمه . وأما الطريق والشرب والمسيل فلأنها خارجة عن الحدود ، لكنها من الحقوق فتدخل بذكرها وتدخل فى الإجارة بلا ذكرها لأنها تعقد للانتفاع ، ولا يحصل إلا به بخلاف البيع ، لأنه قد يكون للتجارة اهـ .

قلت : وذكر فى الذخيرة أن الأصل أن مالا يكون من بناء الدار ولا متصلا بها لايدخل إلا إذا جرى العرف فى أن البائع لايمنعه عن المشترى ، فالمفتاح يدخل استحسانا لا قياسا لعدم اتصاله ، وقلنا بدخوله بحكم العرف اهـ ملخصا ومقتضاه : أن شرب الدار يدخل فى ديارنا دمشق المحمية للتعارف ، بل هو أولى من دخول السلم المنفصل فى عرف مصر القاهرة ، لأن الدار فى دمشق إذا كان لها ماء جار وانقطع عنها أصلا لم ينتفع بها ، وأيضا إذا علم المشترى أنه لايستحق شربها بعقد البيع لايرضى بشرائها إلا بثمن قليل جدا بالنسبة إلى مايدخل فيها شربها وتمام الكلام على ذلك فى رسالتنا المسماة نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف (قوله المتصلة أغلاقها الخ) جمع غلق بفتحتين : أى مايغلق على الباب قال فى الفتح : المراد بالغلق مانسميه ضبة ، وهذا إذا كانت مركبة لا إذا كانت موضوعة فى الدار اهـ هذا وإنما اقتصر على ذكر المفاتيح للعلم بدخول الأغلاق المتصلة بالأولى لأن دخول المفاتيح بالتبعية لها فافهم (قوله كضبة وكيلون) قيل الأول هو المسمى بالسكرة ، والثانى المسمى بالغال (قوله لا القفل) بضم فسكون أى لايدخل سواء ذكر الحقوق أولا وسواء كان الباب مغلقا أولا ، وسواء كان المبيع حانوتا أو بيتا أو دارا كما فى الخانية بحر (قوله لعدم اتصاله) وإنما تدخل الألواح ، وإن كانت منفصلة لأنها فى العرف كالأبواب المركبة ، والمراد بهذه الألواح ماتسمى بمصر دراريب الدكان ، وقد ذكر فيها عدم الدخول فلا يعول عليه اهـ فتح أى لأنها لاينتفع بالدكان إلا بها (قوله والسلم المتصل) فى عرف القاهرة ينبغى دخوله مطلقا ، لأن بيوتهم طبقات لاينتفع بها بدونه ، ولا يرد عدم دخول الطريق ، مع أنه لا انتفاع إلا به ، لأن ملك رقبتها قد يقصد للأخذ بشفعة الجوار . ولهذا دخل فى الإجارة بلا ذكر كما سيأتى بحر : أى لأن إجارة الأرض لايقصد بها إلا الإنتفاع برقبتها فلذا دخل الطريق فيها ، بخلاف البيع لكن لايخفى أن هذا ناقض للجواب ، لأن لقائل أن يقول فى بيوت القاهرة لايدخل السلم الموضوع ، لأنه قد يقصد بشراء البيت الأخذ بالشفعة أى أن يأخذ بالشفعة مايجاوره ، فلم يكن المقصود

والدرج المتصلة) والرحى لو أسفلها مبنيا والبكرة لا الدلو والحبل مالم يقل بمرافقها (فى بيعها) أى الدار وكذا بستانها كما سيجىء فى باب الاستحقاق ويدخل فى بيع الحمام القدور لا القصاع وفى الحمار إكافه إن اشتراه من المزارعين وأهل القرى لا لو من الحمريين

الانتفاع برقبته حتى يدخل فيه السلم تبعا تأمل (قوله المتصلة) هذا يغنى عن قوله قبله المتصل ، لأنه نعت للثلاثة المذكورة ولو جعل نعتا للسرير والدرج لكان المناسب أن يقول المتصلان قال فى البحر : ويدخل الباب المركب لا الموضوع ، ولو اختلفا فيه فادعاه كل فلو مركبا متصلا بالبناء فالقول للمشترى ولو مقلوعا فلو الدار بيد البائع فالقول له وإلا فللمشترى اه .

قلت : وبه علم حكم أبواب الشبابيك ، وذلك أن الأبواب التى كلها من الدف تدخل إن كانت مركبة متصلة والتى من البلور لاتدخل إلا إذا كانت متصلة أيضا لأن غير المتصلة توضع وترفع تأمل وأما الدف الذى يفرش فى إيوان البيوت لدفع العفن والنداوة فالظاهر أنه كالسرير المسمى بالتخت ، فيعتبر فيه الإتصال وعدمه ، لكن قد يقال إن السرير ينقل ويحول وأما هذا فإنه لاينقل من محله فهو فى حكم المتصل فليتأمل (قوله لو أسفلها مبنيا) أى فيدخل الحجر الأعلى استحسانا ، وهذا فى ديارهم أما فى ديار مصر لا تدخل الرحى ، لأنها بحجريها تنقل وتحول ولا تبنى فهى كالباب الموضوع لايدخل بالإتفاق فتح (قوله والبكرة) أى بكرة البئر التى عليها فتدخل مطلقا لأنها مركبة بالبئر اه بحر وظاهر التعليل أنها لو لم تكن مركبة بأن كانت مشدودة بحبل أو موضوعة بخطاف فى حلقة الخشبة التى على البئر أنها لاتدخل ويحرر وفى الهندية والبكرة والدلو الذى فى الحمام لايدخل كذا فى محيط السرخسى قال السيد أبو القاسم فى عرفنا للمشترى كذا فى مختارات الفتاوى اه . وهذا يقتضى أن المعتبر العرف ط (قوله فى بيعها أى الدار) وهو متعلق بقوله فيدخل كما قدمناه (قوله وكذا بستانها) أى الذى فيها ولو كبيرا لالو خارجها وإن كان بابه فيها قاله أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفر : يدخل لو أصغر منها ومفتحه فيها لا لو أكبر أو مثلها ، وقيل إن صغر دخل وإلا لا وقيل يحكم الثمن اه فتح (قوله كما سيجىء فى باب الاستحقاق) صوابه فى باب الحقوق وعبارته وكذا البستان الداخل ، وإن لم يصرح بذلك لا البستان الخارج إلا إذا كان أصغر منها فيدخل تبعا ولو مثلها أو أكبر فلا إلا بالشرط زيلعى وعينى اه . وبذلك جزم أيضا فى البحر والنهر هناك (قوله ويدخل فى بيع الحمام القدور) جمع قدر بالكسر آنية يطبخ فيها مصباح ، والظاهر أن المراد بها قدر النحاس التى يسخن فيها الماء ، وتسمى حلة أو المراد الفساقى التى ينزل إليها الماء ، ويغتسل منها ، وتسمى أجرانا لكن إن كانت متصلة فلا كلام أما إن كانت منفصلة موضوعة ، فإن كانت كبيرة لا تنقل ولا تحول فالظاهر أنها كالمتصلة وإلا فلا تأمل قال فى الفتح : وأما قدر الصباغين والقصارين وأجاجين الغسالين وخوابى الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذى يدق عليه المثبت كل ذلك فى الأرض ، فلا يدخل وإن قال بحقوقها .

قلت : ينبغى أن تدخل كما إذا قال بمرافقها اه أقول : بل فى التتارخانية عن الذخيرة أنه على قياس مسألة البكرة والسلم ماكان مثبتا فى البناء من هذه الأشياء ينبغى أن يدخل فى البيع اه أى وإن لم يقل بحقوقها (قوله وفى الحمار إكافه) فى القاموس : إكاف الحمار ككتاب وغراب : بردعته ، وهى الحلس تحت الرحل وقد تنقط داله اه وظاهر كلام الفقهاء أنه غيره والعرف أنها الخشب فوق البردعة بحر (قوله لالو من الحمريين) جمع حمرى وهو من يبيع الحمير وكأنه لأن عادتهم التجارة فيها مجردة عن الإكاف ط .

وتدخل قلادته عرفا ويدخل ولد البقرة الرضيع فى الأتان لا رضيعا أولا به يفتى ، وتدخل ثياب عبد وجارية أى كسوة مثلهما يعطيهما هذه أو غيرها لا حليها إلا إن سلمها أو قبضها وسكت وتمامه فى الصيرفية (ويدخل الشجر فى بيع الأرض بلا ذكر) قيد للمسألتين فبالذكر أولى (مثمرة كانت أولا)صغيرة أو كبيرة

قلت: ويؤيده قوله فى التتارخانية وهذا بحسب العرف وفيها أيضا إذا باع حمارا موكفا دخل الإكاف والبردعة بحكم العرف ، وفى الظهيرية هو المختار، وإن لم يكن عليه بردعة ولا إكاف دخلا أيضا كذا اختاره الصدر الشهيد وبعضهم قالو إذا كان عريانا لايدخل شئ وفى الخانية أن ابن الفضل قال لايدخل ولم يفصل بين كونه موكفا أولا وهو الظاهر، ثم إذا دخلا لايكون لهما حصة من الثمن كما فى ثياب الجارية (قوله وتدخل قلادته عرفا) فى الظهيرية باع فرسا دخل العذار بحكم العرف والعذار والمقود واحد اه لكن فى الخانية : لايدخل المقود فى بيع الحمار ، لأنه ينقاد بدونه بخلاف الفرس والبعير قال فى الفتح وليتأمل فى هذا (قوله وفى الأتان لا الخ) الفرق أن البقرة لاينتفع بها إلا بالعجل ، ولا كذلك الأتان ظهيرية (قوله وتدخل ثياب عبد وجارية الخ) هذا إذا بيعا فى الثياب المذكورة وإلا دخل مايستر العورة فقط ففى البحر : لو باع عبدا أو جارية كان على البائع من الكسوة ما يوارى عورته ، فإن بيعت فى ثياب مثلها دخلت فى البيع اه ومثله فى الفتح ،ودخول ثياب المثل بحكم العرف كما فى التتارخانية وحينئذ فالمدار على العرف (قوله يعطيهما هذه أو غيرها)أى يخير البائع بين أن يعطى ماعليهما أو غيره ، لأن الداخل بالعرف كسوة المثل ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن ، حتى لو استحق ثوب منها لايرجع على البائع بشئ ، وكذا إذا وجد بها عيبا ليس له أن يردها زيلعى زاد فى البحر : ولو هلكت الثياب عند المشترى ، أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن اه وقول الزيلعى :لايرجع على البائع بشئ قال بعض الفضلاء : يعنى من الثمن ، وأما رجوعه بكسوة مثلها فثابت له كما يعلم من كلامهم اه وفى التتارخانية : وكذلك إذا وجد بالجارية عيبا ردها ورد معها ثيابها وإن لم يجد بالثياب عيبا اه وعليه فما فى الزيلعى من قوله لو وجد بالجارية عيبا كان له أن يردها بدون تلك الثياب ، فمعناه كما فى البحر إذا هلكت ، وإلا لزم حصولها للمشترى بلا مقابل وهو لايجوز (قوله أو قبضها) أى المشترى ، وسكت أى البائع ، لأنه كالتسليم منح عن الصيرفية ، وفى التتارخانية فأما سلم البائع الحلى لها فهو لها وإن سكت عن طلبه ، وهو يراه فهو كما لو سلم لها وفيها عن المحيط باع عبدا معه مال ، فإن سكت عن ذكر المال جاز البيع والمال للبائع هو الصحيح ، ولو باعه مع ماله وسمى مقداره ، فإن كان الثمن من جنسه لابد أن يكون الثمن أزيد من مال العبد ، ليكون بإزاء مال العبد قدره من الثمن ، والباقى بإزاء العبد وتمامه فيها (قوله ويدخل الشجر الخ) قال فى المحيط : كل ماله ساق ولايقطع أصله كان شجرا يدخل تحت بيع الأرض بلا ذكر ومالم يكن بهذه الصفة لايدخل بلا ذكر لأنه بمنزلة الثمرة اه ط عن الهندية (قوله قيد للمسألتين) الأولى البناء وما عطف عليه والثانية الشجر ط (قوله مثمرة كانت أولا الخ) لأن محمدا لم يفصل بينهما ، ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لمن قال إن غير المثمرة لاتدخل إلا بالذكر ، لأنها لاتغرس للقرار، بل للقطع إذا كبر خشبها ، فصارت كالزرع ولمن قال إن الصغيرة لا تدخل فتح، وفى التتارخانية عن المحيط إن هذا أصح أى عدم التفصيل اه :

قلت : لكن فى الذخيرة إن العرائش والأشجار والأبنية تدخل ، لأنها ليس لنهايتها مدة معلومة فتكون للتأبيد ، فتتبع الأرض بخلاف الزرع والثمر ، لأن لقطعها غاية معلومة فكانت كالمقطوع اه ملخصا ومقتضاه

إلا اليابسة لأنها على شرف القلع فتح (إذا كانت موضوعة فيها) كالبناء (للقرار) فلو فيها صغار تقلع زمن الربيع إن من أصلها تدخل وإن من وجه الأرض لا إلا بالشرط وتمامه فى شرح الوهبانية وفى القنية شرى كرما دخل الوثائل المشدودة على الأوتاد المنصوبة فى الأرض وكذا الأعمدة المدفونة فى الأرض التى عليها أغصان الكرم المسماة بأرض الخليل بركائز الكرم :

أن غير المثمر المعد للقطع كالزرع إلا أن يقال إنه ليس له نهاية معلومة (قوله لأنها على شرف القلع) فهى كحطب موضوع فيها فتح (قوله كالبناء) أشار بذكره إلى أن العلة فى دخول الشجر: هى العلة فى دخول البناء وهى أنهما وضعا للقرار ط (قوله فلو فيها صغار الخ) نقله فى الفتح عن الخانية ، ويأتى قريبا مايفيد أن صغرها وقطعها فى كل سنة غير قيد (قوله وإن من وجه الأرض لا) أى لاتدخل لأنها تكون حينئذ كالثمرة كمايعلم مما نذكره قريبا (قوله وتمامه فى شرح الوهبانية) حاصله : أنه فى الواقعات صرح بأن القصب لايدخل بلا شرط ، لأنه ممايقطع فكان بمنزلة الثمرة ، وأخذ الطرسوسى من التعليل بالقطع أن الحور ونحوه ممايقطع فى أوقات معروفة لايدخل ، ونازعه تلميذه ابن وهبان بأن القصب يقطع فى كل سنة ، فكان كالثمرة بخلاف خشب الحور فلا وجه للإلحاق اه لكن فى الواقعات أيضا لو فيها أشجار تقطع فى كل ثلاث سنين ، فلو تقطع من الأصل تدخل ولو من وجه الأرض فلا ، لأنها بمنزلة الثمرة قال ابن الشحنة : فيه إشارة إلى أن العلة كونه يباع شجرا بأصله فلا يكون كالثمرة بخلاف المقطوع من وجه الأرض مع بقاء أصله لأنه كالثمرة اه .

قلت : والحاصل : أن الشجر الموضوع للقرار ، وهو الذى يقصد للثمر يدخل إلا إذا يبس ، وصار حطبا كما مر ، أما غير المثمر المعد للقطع ، فإن لم يكن له نهاية معلومة(١) . فلا يدخل أيضا ، بخلاف ما أعد للقطع فى زمن خاص كأيام الربيع ، أو فى كل ثلاث سنين فهو على التفصيل المذكور ، ولا يخفى أن الحور بالمهملتين ليس لقطعه نهاية معلومة والله سبحانه وتعالى أعلم .

هذا واعلم أنه نقل فى البحر وكذا فى شرح الوهبانية عن الخانية أنه لو باع أرضا فيها رطبة أو زعفران أو خلاف يقلع فى كل ثلاث سنين أو رياحين أو بقول قال الفضلى ما على وجه الأرض بمنزلة الثمر ، لايدخل بلا شرط ، وما فى الأرض من أصولها يدخل ، لأن أصولها للبقاء بمنزلة البناء ، وكذا لو كان فيها قصب أو حشيش أو حطب نابت يدخل أصوله لا ما على وجه الأرض . واختلفوا فى قوائم الخلاف والصحيح أنها لا تدخل اه . وفى شرح الوهبانية إن هذا التفصيل أنسب لمقتضى قواعدهم اه (قوله دخل الوثائل الخ) الوثل بالتحريك الحبل من الليف ، والوثيل نبت كذا فى جامع اللغة اه ح . وهو المنقول عن القنية وفى نسخة الوتائر وهو جمع وتيرة وهى ما يوتر بالأعمدة من البيت كالوترة محركة كذا فى القاموس ، ثم قال : وترها يترها علق عليها اه : فالمراد : ما يعلق عليه الكرم والذى وقع فيما رأيته من نسخ المنح يدخل الوتائر المشدودة على الأوتار المنصوبة فى الأرض اه ط :

قلت: والذى رأيته فى الشرح وكذا فى المنح الوتائد المشدودة على الأوتاد الخ بالدال المهملة فى الموضعين تأمل (قوله وكذا الأعمدة المدفونة فى الأرض) قال فى المنح : تقييده بالمدفونة يفيد أن الملقاة على الأرض لاتدخل ، لأنها بمنزلة الحطب الموضوع فى الكرم ، وصارت المسألة واقعة الفتوى فيفتى بالدخول فى المبيع ، وإن كانت مدفونة وهى المسماة فى ديارنا ببزابير الكرم اه :

---

(١) (قوله نهاية معلومة فلا يدخل الخ) لعل الصواب إسقاط لا تأمل اه

وفى النهر : كل مادخل تبعا لا يقابله شيء من الثمن لكونه كالوصف وذكره المصنف فى باب الاستحقاق قبيل السلم (ولا يدخل الزرع فى بيع الأرض بلا تسمية) إلا إذا نبت ولاقيمة له فيدخل فى الأصح شرح المجمع

مطلب كل مادخل تبعا لايقابله شيء من الثمن

(قوله وفى النهر الخ)قال فيه ولذا قال فى القنية : اشترى دارا فذهب بناؤها لم يسقط شيء من الثمن ، وإن استحق أخذ الدار بالحصة ومنهم من سوى بينهما اه ونحو ذلك ثياب الجارية كما سلف ط وفى الكافى : رجل له أرض بيضاء ولآخر فيها نخل فباعهما رب الأرض بإذن الآخر بألف ، وقيمة كل واحد خمسمائة فالثمن بينهما نصفان ، فإن هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشترى بين الترك ، وأخذ الأرض بكل الثمن ، لأن النخل كالوصف والثمن بمقابلة الأصل لا الوصف فلذا لايسقط شيء من الثمن اه وقيده فى البحر بما إذا لم يفصل ثمن كل ، فلو فصل سقط قسط النخل بهلاكها كما فى تلخيص الجامع .

[تنبيه] فى حاشية السيد أبى السعود استفيد من كلامهم : أنه إذا كان لباب الدار المبيعة كيلون من فضة لايشترط أن ينقد من الثمن مايقابله قبل الإفتراق لدخوله فى البيع تبعا ، ولا يشكل بما سيأتى فى الصرف من مسألة الأمة مع الطوق والسيف المحلى لأن دخول الطوق والحلية في البيع لم يكن على وجه التبعية ، لكون الطوق غير متصل بالأمة والحلية وإن اتصلت بالسيف ، إلا أن السيف اسم للحلية أيضا كما سيأتى فى الصرف ، فكانت من مسمى السيف إذا علم هذا ظهر أنه فى بيع الشاش ونحوه إذا كان فيه علم لايشترط نقد ماقابل العلم من الثمن قبل الافتراق خلافا لمن توهم ذلك من بعض أهل العصر ، لأن العلم لم يكن من مسمى المبيع ، فكان دخوله على وجه التبعية ، فلا يقابله حصة من الثمن اه .

قلت : وما ذكره فى الكيلون غير مسلم وسنذكر تحرير المسألة فى باب الصرف إن شاء الله تعالى (قوله ولا يدخل الزرع الخ) إطلاقه يعم ما إذا لم ينبت ، لأنه حينئذ يمكن أخذه بالغربال ، وما إذا عفن واختار الفضلى وتبعه فى الذخيرة أنه حينئذ يكون للمشترى لأنه لايجوز بيعه على الإفراد ، وبالإطلاق أخذ أبو الليث نهر وقال فى الفتح واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف اه (قوله إلا إذا نبت ولا قيمة له) ذكر فى الهداية قولين فى هذه المسألة بلا ترجيح ، وذكر فى التجنيس إن الصواب الدخول كما نص عليه القدورى والإسبيجابى ، والخلاف مبنى على الاختلاف فى جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل (١) . قال فى الفتح يعنى أن من قال لايجوز بيعه ، قال يدخل ومن قال يجوز قال لايدخل ، ولا يخفى أن كلا من الاختلافين مبنى على سقوط تقومه وعدمه ، فإن القبول بعدم جواز بيعه وبعدم دخوله فى البيع كلاهما مبنى على سقوط تقومه ، والأوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد رجاء حياته فينتفع به فى ثانى الحال اه ، مافى الفتح : وظاهره اختيار عدم الدخول ، لاختياره جواز بيعه ، وبه صرح فى السراج حيث قال : لو باعه بعد مانبت ولم تنله المشافر والمناجل ففيه روايتان ، والصحيح أنه لايدخل إلا بالتسمية ، ومنشأ الخلاف هل يجوز بيعه أولا الصحيح الجواز اه .

والحاصل : أن الصور أربع ، لأنه إما أن يكون بعد النبات أو قبله ، وعلى كل إما أن يكون له قيمة أولا

---

(١) قوله (قبل أن تناله المشافر والمناجل) أى قبل أن يمكن أكل الدواب له وتناوله بمشافرها وقبل أن يمكن حصده بالمناجل فإن مشفر البعير شفته جمعها مشافر والمنجل ما يحصد به الزرع جمعه مناجل اه منه .

(و) لا (الثمر فى بيع الشجر بدون الشرط) عبر هنا بالشرط وثمة بالتسمية ليفيد أنه لافرق وأن هذا الشرط غير مفسد وخصه بالثمر اتباعا لقوله صلى الله عليه وسلم « الثمرة للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »

ولا يدخل فى الكل لكن وقع الخلاف فيما ليس له قيمة قبل النبات أو بعده . ففى الثانية الأصح الدخول كما ذكره الشارح بل علمت أنه الصواب ، وظاهر الفتح اختيار عدمه ، وبه صرح فى السراج ، وكذا فى الأولى اختلف الترجيح فاختار الفضلى الدخول ، واختار أبو الليث عدمه كما قدمناه عن النهر والفتح ، واقتصار الشارح على استثناء الثانية فقط يفيد ترجيح ما اختاره أبو الليث فى الأولى ، لكن قدمنا عن الفتح أن اختيار أبى الليث إنه لايدخل بكل حال كما هو إطلاق المصنف يعنى صاحب الهداية ، وظاهره عدم الدخول فى الصور الأربع ، وقد وقع فى البحر ههنا خلل فى فهم كلام السراج المتقدم ، وفى بيان الخلاف فى الصور المذكورة والصواب ماذكرناه كما أوضحته فيما علقته عليه فافهم :

[تنبيه] قيد بالبيع لأنه فى رهن الأرض يدخل الشجر والثمر والزرع وفى وقفها يدخل البناء والشجر ، لا الزرع وكذا لو أقر بأرض عليها زرع أو شجر دخل ولا يدخل الزرع فى إقالة الأرض وتمامه فى البحر (قوله ولا الثمر فى بيع الشجر) الثمر بمثلثة الحمل الذى تخرجه الشجرة وإن لم يؤكل فيقال ثمر الأراك والعوسج والعنب مضباح . وفى الفتح ويدخل فى الثمرة الورد والياسمين ونحوهما من المشمومات نهر وشمل ما إذا بيع الشجر مع الأرض أو وحده كان له قيمة أولا بحر (قوله ليفيد أنه لا فرق) أى بين أن يسمى الزرع والثمر بأن يقول : بعتك الأرض وزرعها أو بزرعها أو الشجر وثمره أو معه أو به ، وبين أن يخرجه مخرج الشرط فيقول بعتك الأرض على أن يكون زرعها لك أو بعتك الشجر على أن يكون الثمر لك كذا فى المنح اه ح ، ومثله فى البحر :

مطلب المجتهد إذا استدل بحديث كان تصحيحا له

(قوله وخصه بالثمر) أى خص ذكر الشرط بمسألة الثمر دون مسألة الزرع مع إمكان العكس اتباعا للحديث المذكور الذى استدل به الإمام محمد ، على أنه لا فرق بين كون الثمر مؤبرا أولا والتأبير التلقيح ، وهو أن يشق الكم ويذر فيه من طلع النخل ليصلح إناثها والكم بالكسر وعاء الطلع ، وأما حديث الكتب الستة : «من باع نخلا مؤبرا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع » فلا يعارضه لأن مفهوم الصفة غير معتبر عندنا وما قيل من أن الحديث الأول غريب ففيه أن المجتهد إذا استدل بحديث كان تصحيحا له كما فى التحرير وغيره نعم : يرد مافى الفتح أن حمل المطلق على المقيد هنا واجب ، لأنه فى حادثة واحدة فى حكم واحد ، ثم أجاب عنه بأنهم قاسوا الثمر على الزرع كما قال فى الهداية إنه متصل للقطع لا للبقاء ، وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم إذا تعارضا :

مطلب فى حمل المطلق على المقيد

واعترض فى البحر قوله إن حمل المطلق على المقيد واجب الخ بأنه ضعيف لما فى النهاية من أن الأصح إنه لايجوز لا فى حادثة ، ولا فى حادثتين حتى جوز أبو حنيفة التيمم بجميع أجزاء الأرض بحديث « جعلت لى الأرض مسجدا وطهورا » ولم يحمل هذا المطلق على المقيد وهو حديث التراب طهور اه :

(ويؤمر البائع بقطعهما) الزرع والثمر (وتسليم المبيع) الأرض والشجر عند وجوب تسليمهما ، فلو لم ينقد الثمن لم يؤمر به خانية (وإن لم يظهر) صلاحه لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع فيجبر على تسليمه فارغا (كما لو أوصى بنخل لرجل وعليه بسر حيث يجبر الورثة على قطع البسر هو المختار) من الرواية ولوالجية ومافى الفصولين باع أرضا بدون الزرع فهو للبائع بأجر مثلها محمول على ما إذا رضى المشترى نهر (ومن باع ثمرة بارزة)

أقول : أجبت عنه فيما علقته على البحر بأن المقيد هنا لاينفى الحكم عما عداه ، لأن التراب لقب ، ومفهوم اللقب غير معتبر إلا عند فرقة شاذة ممن اعتبر المفاهيم ، فليس مما يجب فيه الحمل فلا دلالة فى ذلك على أنه لا يحمل فى حادثة عندنا كيف وحمل المطلق على المقيد عند اتحاد الحكم والحادثة مشهور عندنا مصرح به فى متن المنار والتوضيح والتلويح وغيرها فما استند إليه من كلام النهاية غير مسلم فافهم (قوله ويؤمر البائع بقطعهما) أى فيما إذا باع أرضا فيها زرع لم يسمه أو شجرا عليه ثمر لم يشترطه حتى بقى الزرع والثمر على ملك البائع (قوله الزرع والثمر) بدل من ضمير التثنية وقوله الأرض والشجر بدل من المبيع (قوله عند وجوب تسليمهما) أى تسليم الأرض والشجر وذلك عند نقد المشترى الثمن (قوله لم يؤمر به) أى بالقطع لعدم وجوب التسليم (قوله وإن لم يظهر صلاحه) الأولى صلاحهما أى الزرع والثمر وهو المناسب لقوله بقطعهما (قوله لأن ملك المشترى مشغول الخ) علة لقوله : ويؤمر البائع بقطعهما الخ وفى النهر عن جامع الفصولين باع شجرا عليه ثمر أو كرما عليه عنب لايدخل الثمر فلو استأجر الشجرة[1] : من المشترى ليترك عليه الثمر لم يجز ولكن يعار إلى الإدراك فلو أبى المشترى يخير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر اه وسيذكره الشارح آخر الباب فتأمله مع قول المتون ، ويؤمر البائع بالقطع فإنه ينافى التخيير المذكور ولعله قول آخر فليحرر (قوله ومافى الفصولين) أى جامع الفصولين لابن قاضى سماوة جمع فيه بين فصولى العمادى والاستروشنى ط (قوله محمول على ما إذا رضى المشترى) أى رضى بإبقاء الزرع بأجر مثل الأرض وإلا أمر البائع بالقلع توفيقا بين كلامهم ، وأما إذا انقضت المدة فى الإجارة فللمستأجر أن يبقى الزرع بأجر المثل إلى انتهائه لأنها للانتفاع ، وذلك بالترك دون القلع ، بخلاف الشراء لأنه لملك الرقبة فلا يراعى فيه إمكان الانتفاع بحر .

مطلب فى بيع الثمر والزرع والشجر مقصودا

(قوله ومن باع ثمرة بارزة) لما فرغ من بيع الثمر تبعا للشجر شرع فى بيعه مقصودا ولم يذكر حكم بيع الزرع والشجر مقصودا قال فى الدرر : لايصح بيع الزرع قبل صيرورته بقلا لأنه ليس بمنتفع به ، وتابع للأرض ، فيكون كالوصف ، فلا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده ، وإن باع على أن يتركه حتى يدرك لم يجز وكذا الرطبة والبقول ويجوز بيع حصته من شريكه مطلقا أى سواء بلغ أوان الحصاد أولا ومن غيره بغير إذنه إن لم يفسخ إلى الحصاد فإنه حينئذ ينقلب إلى الجواز كما إذا باع الجذع فى السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه وسلمه اه ويأتى فى المتن بيع البر فى سنبله وفى البحر عن الظهيرية : اشترى شجرة للقلع يؤمر بقلعها بعروقها ، وليس له حفر الأرض إلى انتهاء العروق بل يقلعها على العادة إلا إن شرط البائع القطع على وجه الأرض ، أو يكون فى القلع من الأصل مضرة للبائع ككونها بقرب حائط أو بئر فيقطعها على وجه الأرض ، فإن قطعها أو قلعها فنبت مكانها أخرى ، فالنابت للبائع إلا إذا قطع من أعلاها فهى للمشترى سراج ولو اشترى نخلة ولم يبين أنها للقلع أوللقرار قال أبو يوسف

---

(١) قوله (فلوا استأجر الشجرة) هكذا بخطه والأولى الشجر بلا تاء ليناسب سابقه ولاحقه اه مصححه .

أما قبل الظهر فلا يصح اتفاقا (ظهر صلاحها أولا صح) فى الأصح (ولو برز بعضها دون بعض لا) يصح (فى ظاهر المذهب) وصححه السرخسى وأفتى الحلوانى بالجواز

لايملك أرضها وأدخل محمد ماتحتها وهو المختار وإن اشتراها للقطع لا تدخل الأرض اتفاقا ، وإن للقرار تدخل اتفاقا وإن باع نصيبا له من شجرة بلا إذن الشريك جاز إن بلغت أوان قطعها وإلا فلا اه وقدمنا فى الشركة حكم بيع الحصة الشائعة من ثمر أو زرع أو شجر مفصلا موضحا فراجعه (قوله أما قبل الظهور) أشار إلى أن البروز بمعنى الظهور ، والمراد به انفراك الزهر عنها وانعقادها ثمرة وإن صغرت (قوله ظهر صلاحها أولا) قال فى الفتح لاخلاف فى عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا فى عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح ، بشرط الترك ولا فى جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ، ولا فى الجواز بعد بدو الصلاح ، لكن بدو الصلاح عندنا أن تؤمن العاهة والفساد ، وعند الشافعى هو ظهور النضج وبدو الحلاوة ، والخلاف إنما هو فى بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف فى معناه ، لابشرط القطع فعند الشافعى ومالك وأحمد لايجوز وعندنا إن كان بحال لاينتفع به فى الأكل ، ولا فى علف الدواب فيه خلاف بين المشايخ قيل : لايجوز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا ، والصحيح أنه يجوز لأنه مال منتفع به فى ثانى الحال إن لم يكن منتفعا به فى الحال والحيلة فى جوازه باتفاق المشايخ أن يبيع الكمثرى أول مايخرج مع أوراق الشجر فيجوز فيها تبعا للأوراق كأنه ورق كله ، وإن كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق أهل المذهب إذا باع بشرط القطع أو مطلقا اه (قوله لايصح فى ظاهر المذهب) قال فى الفتح : ولو اشتراها مطلقا أى بلا شرط قطع أو ترك فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع ، لأنه لايمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز فأشبه هلاكه قبل التسليم ، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للإختلاط ، والقول قول المشترى فى مقداره مع يمينه ، لأنه فى يده وكذا فى بيع الباذنجان والبطيخ إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا اه ومقتضاه أنها لو أثمرت بعد القبض يصح البيع فى الموجود وقت البيع ، فإطلاق المصنف تبعا للزيلعى محمول على ما إذا باع الموجود والمعدوم كما يفيده مايأتى عن الحلوانى ، وماذكره فى الفتح من التفصيل محمول على ما إذا باع الموجود فقط ، وعلى هذا فقول الفتح عقب ماقدمناه عنه ، وكان الحلوانى يفتى بجوازه فى الكل الخ لايناسب التفصيل الذى ذكره لأنه لا وجه لجواز البيع فى الكل إذا وقع البيع على الموجود فقط فاغتنم هذا التحرير (قوله وأفتى الحلوانى بالجواز) وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الإمام الفضلى ، وقال استحسن فيه لتعامل الناس وفى نزع الناس عن عادتهم حرج قال فى الفتح : وقد رأيت رواية فى نحو هذا عن محمد فى بيع الورد على الأشجار فإن الورد متلاحق ، وجوز البيع فى الكل وهو قول مالك اه قال الزيلعى وقال شمس الأئمة السرخسى : والأصح أنه لايجوز لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولاضرورة هنا لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على مابينا أو يشترى الموجود ببعض الثمن ، ويؤخر العقد فى الباقى إلى وقت وجوده أو يشترى الموجود بجميع الثمن : ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه ، فيحصل مقصودهما بهذا الطريق ، فلا ضرورة إلى تجويز العقد فى المعدوم مصادما للنص ، وهو ماروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ورخص فى السلم » اه :

قلت : لكن لايخفى تحقق الضرورة فى زماننا ولا سيما فى مثل دمشق الشام كثيرة الأشجار والثمار فإنه لغلبة الجهل على الناس لايمكن إلزامهم بالتخلص بأحد الطرق المذكورة ، وإن أمكن ذلك بالنسبة إلى بعض أفراد الناس لايمكن بالنسبة إلى عامتهم وفى نزعهم عن عادتهم حرج كما علمت ، ويلزم تحريم أكل الثمار فى هذه البلدان

او الخارج أكثر زيلعي (ويقطعها المشترى في الحال) جبرا عليه (وإن شرط تركها على الأشجار فسد) البيع كشرط القطع على البائع حاوى (وقيل) قائله محمد(لا)يفسد(إذا تناهت) الثمرة للتعارف فكان شرطا يقتضيه العقد (وبه يفتى) بحر عن الأسرار لكن فى القهستانى عن المضمرات أنه على قولهما الفتوى فتنبه قيد باشتراط الترك لأنه لو شراها مطلقا وتركها بإذن البائع طاب له الزيادة وإن بغير إذنه تصدق بمازاد فى ذاتها وإن بعد ماتناهت لم يتصدق بشىء ، وإن استأجر الشجر إلى وقت الإدراك بطلت الإجارة وطابت الزيادة لبقاء الإذن

إذلاتباع إلا كذلك والنبى صلى الله عليه سلم إنما رخص فى السلم للضرورة مع أنه بيع المعدوم ، فحيث تحققت الضرورة هنا أيضا أمكن إلحاقه بالسلم بطريق الدلالة ، فلم يكن مصادما للنص ، فلذا جعلوه من الاستحسان ، لأن القياس عدم الجواز ، وظاهر كلام الفتح الميل إلى الجواز ولذا أورد له الرواية عن محمد بل تقدم أن الحلوانى رواه عن أصحابنا وماضاق الأمر إلا اتسع ولا يخفى أن هذا مسوغ للعدول عن ظاهر الرواية كما يعلم من رسالتنا المسماة نشر العرف فى بناء بعض الأحكام على العرف فراجعها (قوله لو الخارج أكثر) ذكر فى البحر عن الفتح أن مانقله شمس الأئمة عن الإمام الفضلى لم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد أكثر بل قال عنه أجعل الموجود أصلا ، ومايحدث بعد ذلك تبعا (قوله ويقطعها المشترى) أى إذا طلب البائع تفريغ ملكه وهذا راجع لأصل المسألة (قوله جبرا عليه) مفاده أنه لاخيار للمشترى فى إبطال البيع إذا امتنع البائع عن إبقاء الثمار على الأشجار ، وفيه بحث لصاحب البحر والنهر سيذكره الشارح آخر الباب (قوله فسد) أى مطلقا كما يرشد إليه التفصيل فى القول المقابل له فافهم . وعلل فى البحر الفساد بأنه شرط لايقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير (قوله كشرط القطع على البائع) فى البحر عن الولوالجية : باع عنبا جزافا وكذا الثوم فى الأرض والجزر والبصل ، فعلى المشترى قطعه إذا خلى بينه وبين المشترى لأن القطع إنما يجب على البائع إذا وجب عليه الكيل أو الوزن ولم يجب لأنه لم يبع مكايلة ولا موازنة (قوله وبه يفتى) قال فى الفتح : ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الأئمة الثلاثة ، واختاره الطحاوى لعموم البلوى (قوله بحر عن الأسرار) عبارة البحر وفى الأسرار الفتوى على قول محمد ، وبه أخذ الطحاوى وفى المنتقى ضم إليه أبا يوسف وفى التحفة والصحيح قولهما (قوله لكن فى القهستانى عن المضمرات) حقه أن يقول عن النهاية ، لأن عبارة القهستانى مع المتن وشرط تركها على الشجر والرضا به يفسد البيع عندهما ، وعليه الفتوى كما فى النهاية ، ولا يفسد عند محمد إن بدا صلاح بعض وقرب صلاح الباقى وعليه الفتوى كما فى المضمرات اه ومانقله القهستانى عن المضمرات مخالف لما فى الهداية والفتح والبحر وغيرها من حكاية الخلاف فى الذى تناهى صلاحه ، فإنه صريح فى تناهى الصلاح لا فى بدوه وأيضا المتبادر منه صلاح الكل تأمل (قوله فتنبه) أشار به إلى اختلاف التصحيح وتخيير المفتى فى الإفتاء بأيهما شاء لكن حيث كان قول محمد هو الاستحسان يترجح على قولهما تأمل (قوله قيد باشتراط الترك) أى قيد المصنف الفساد به (قوله مطلقا) أى بلا شرط ترك أو قطع وظاهره ولو كان الترك متعارفا مع أنهم قالوا المعروف عرفا كالمشروط نصا ومقتضاه فساد البيع وعدم حل الزيادة تأمل (قوله طاب له الزيادة) هى مازاد فى ذات المبيع فلا ينافى ماقدمناه من أنه لو أثمرت ثمرا آخر ، فإن قبل القبض فسد البيع أو بعده يشتركان فيه لأن ذاك فى الزيادة على المبيع مما لم يقع عليه البيع ، وهذا فى زيادة ماوقع عليه البيع كما أفاده فى النهر : وحاصله : أن المراد هنا الزيادة المتصلة لا المنفصلة (قوله تصدق بمازاد فى ذاتها) لحصوله بجهة محظورة بحر وتعرف الزيادة بالتقويم يوم البيع والتقويم يوم الإدراك فالزيادة تفاوت مابينهما ط عن العينى (قوله لم يتصدق بشىء) نعم عليه إثم غصب المنفعة فتح (قوله بطلت الإجارة) وإن عين المدة درمنتقى ، فإن أصل

ولو استأجر الأرض لترك الزرع فسدت لجهالة المدة ، ولم تطب الزيادة ملتقى الأبحر لفساد الإذن بفساد الإجارة بخلاف الباطل كما حررناه في شرحه : والحيلة أن يأخذ الشجرة معاملة على أن له جزءا من ألف جزء أن يشترى أصول الرطبة كالباذنجان وأشجار البطيخ والخيار ليكون الحادث للمشترى

الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل ، ولا تعامل فى إجارة الأشجار المجردة فلا يجوز وكذا لو استأجر أشجارا ليجفف عليها ثيابه لم يجز ذكره الكرخى فتح (قوله لترك الزرع) الأولى تعبير الهداية وغيرها بقوله إلى أن يدرك الزرع أى إلى وقت إدراكه بلا ذكر مدة (قوله ولم تطب الزيادة) أى الزيادة على الثمرة وعلى ماغرم من أجرة المثل ط عن العينى :

مطلب فساد المتضمن يوجب فساد المتضمن

(قوله كما حررناه فى شرحه) ونصه لفساد الإذن بفساد الإجارة وفساد المتضمن يوجب فساد المتضمن بخلاف الباطل ، فإنه معدوم شرعا أصلا ووصفا ، فلا يتضمن شيئا فكانت مباشرته عبارة عن الإذن اهـ ح :

وحاصل الفرق كما فى الفتح وغيره : أن الفاسد له وجود لأنه فائت الوصف دون الأصل فكان الإذن ثابتا فى ضمنه فيفسد بخلاف الباطل فإنه لاوجود له أصلا فلم يوجد إلا الإذن ولايخفى أن هذا (١) . الفرق ينافى مامر أول البيوع من أن البيع بعد عقد فاسد أو باطل لاينعقد قبل متاركة العقد الأول ، وينافى فروعا أخر مذكورة فى آخر الفن الثالث من الأشباه عند قوله فائدة إذا بطل الشىء بطل مافى ضمنه فراجعها متأملا (قوله والحيلة) فى أن يطيب للمشترى مازاد فى ذات المبيع ومالم يكن بارزا وقت العقد (قوله أن يأخذ) أى المشترى (قوله معاملة) أى مساقاة لمدة معلومة كما فى القنية (قوله على أن له الخ) أى للبائع قال فى شرحه على الملتقى ، وينبغى أن يقول المشترى للبائع بعد مادفع الثمن أخذت منك هذا الشجر معاملة على أن لك جزءا من ألف جزء ولى ألف جزء إلا جزءا أى من الثمر ذكره الشمنى ، وفيه أن المشترى قد أخذ الثمر شراء فكيف يأخذه معاملة إلا أن يقال إنه دفع له الثمن على وجه التبرع ويكون الاعتبار على عقد المعاملة اهـ :

قلت : الشراء إنما وقع على البارز وقت العقد والمعاملة لأجل طيب مالم يبرز بعد وطيب مازاد (٢) فى ذات البارز نعم هذه الحيلة إنما تتأتى إذا لم يكن الشجر وقفا أو ليتيم لعدم الحظ والمصلحة فى أخذه جزءا من ألف جزء والباقى للمشترى كما ذكر الشارح نظيره فى أول كتاب الإجارة (قوله وأن يشترى الخ) هذه حيلة ثانية ، وبيانها أن المشترى إما أن يكون مما يوجد شيئا فشيئا وقد وجد بعضه أو لم يوجد منه شىء كالباذنجان والبطيخ والخيار أو يوجد كله لكنه لم يدرك كالزرع والحشيش ، أو يكون وجد بعضه دون بعض كثمر الأشجار المختلفة الأنواع ففى الأول يشترى الأصول ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة بباقى الثمن ، لئلا يأمره البائع بالقلع قبل خروج الباقى أو قبل الإدراك ، وفى الثانى يشترى الموجود من الحشيش والزرع ، ويستأجر الأرض كما قلنا وفى الثالث يشترى الموجود من الثمر بكل الثمن ، ويحل له البائع ماسيوجد ، لأن استئجار الأرض لايتأتى هنا

---

(١) (قوله ولا يخفى أن هذا الخ) قال شيخنا لامنافاة أصلا فإن فساد البيع بالتعاطى بعد الباطل لا يقتضى اعتباره لأنا إنما حكمنا ببطلانه قبل المتاركة لافهام حالهما أن هذا التسليم بحكم العقد السابق زعما منهما اعتباره وثبوت حكم له وليس فى هذا ما يدل على اعتبارنا له وقوله وينافى فروعا أخر الخ لتنظر تلك الفروع فلعلها من هذا القبيل فيتم ما قاله الشارح من التعليل اهـ .

(٢) (قوله وطيب مازاد الخ) حاصله أنه اشترى الثمر الذى تناهى بروزه ولم يتم صلاحه فالحيلة فى إبقائها أخذ الأشجار مساقاة وفيه أن عقد المساقاة حينئذ يكون واردا على ما هو مملوك له فيحتاج حينئذ لما أجاب به فى شرح الملتقى فى هذا دون ما لم يتناه بروزه .

وفى الزرع والحشيش يشترى الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدة معلومة يعلم فيها الإدراك بباقى الثمن وفى الأشجار الموجود ويحل له البائع مايوجد ، فإن خاف أن يرجع يقول على أنى متى رجعت فى الإذن تكون مأذونا فى الترك شمنى ملخصا (ماجاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثناؤه منه) إلا الوصية بالخدمة يصح إفرادها دون استثنائها أشباه فرع على هذه القاعدة بقوله (فصح استثناء) قفيز من صبرة وشاة معينة من قطيع و (أرطال معلومة من بيع تمر نخلة)

لأن الأشجار باقية على ملك البائع ، وقيامها فى الأرض مانع من صحة استئجار الأرض إلا أن يأخذها أولا معاملة كما مر لأنها تصير فى تصرفه أو تكون الأشجار على المسناة فإنها حينئذ لا تمنع صحة إجارة الأرض كما يعلم من بابها ومسألة الإحلال تتأتى فى الأول والثانى أيضا (قوله ببعض الثمن) تنازع فيه يشترى الأول ويشترى الثانى فى المسألتين وقوله ويستأجر الأرض راجع للمسألتين أيضا كما علم مما قررناه (قوله وفى الأشجار الموجود) أى وفى ثمار الأشجار يشترى الموجود منها (قوله فإن خاف الخ) قال فى جامع الفصولين أقول : كتبت فى لطائف الإشارات أنهم قالوا قال وكلتك بكذا على أنى كلما عزلتك فأنت وكيلى صح وقيل لا فإذا صح يبطل العزل (١) . عن المعلقة قبل وجود الشرط عند أبى يوسف ، وجوزه محمد فيقول فى عزله رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة اهـ رملى .

وحاصله : أنه على قول محمد يمكن الرجوع هنا عن الإحلال بأن يقول : رجعت عن الإحلال المعلق وعن المنجز فيتعين حينئذ الإحتيال بالمعاملة على الأشجار كما مر (قوله فى الترك) المناسب فى الأكل لأن فرض المسألة أنه أحل له مايوجد فى المستقبل والترك إنما يناسب الموجود إلا أن يدعى أن المراد ما يوجد من الزيادة فى ذات المبيع الموجود .

[تتمة] اشترى الثمار على رءوس الأشجار ، فرأى من كل شجرة بعضها يثبت له خيار الرؤية بحر ، ثم ذكر حكم بيع المغيب فى الأرض وسيأتى الكلام عليه إن شاء الله تعالى فى أول البيع الفاسد (قوله ماجاز إيراد العقد عليه الخ) هذه قاعدة مذكورة فى عامة المعتبرات مفرع عليها مسائل منها ما ذكرهنا منح (قوله صح استثناؤه منه) أى من العقد كما هو مصرح به فى عبارة الفتح ، وهذا أولى من جعل الضمير فى منه راجعا للمبيع المعلوم من المقام فافهم ، ولا يصح إرجاعه إلى ما لأنها واقعة على المستثنى ، فيلزم استثناء الشىء من نفسه كما لايخفى قال فى الفتح وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل من الجارية أو الشاة وأطراف الحيوان لايجوز كما لو باع هذه الشاة إلا أليتها أو هذا العبد إلا يده ، فيصير مشتركا متميزا بخلاف مالو كان مشتركا على الشيوع فإنه جائز اهـ : أى كبيع العبد إلا نصفه مثلا لأنه غير متميز فى جزء بعينه بل شائع فى جميع أجزائه فيجوز (قوله يصح إفرادها) بأن يوصى بها وحدها بدون الرقبة اهـ ح (قوله دون الاستثناء (٢)) بأن يوصى له بعبد دون خدمته اهـ ح وقيد بالخدمة لأن الحمل يصح استثناؤه فى الوصية ، حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية والفرق أن الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فيما فى البطن بخلاف الخدمة والغلة كالخدمة بحر من البيع الفاسد (قوله وشاة معينة من قطيع) أما لو غير معينة فلا يجوز كثوب غير معين من عدل أفاده فى البحر

---

(١) قوله (يبطل العزل الخ) أى لأن المعلقة لا تتحقق إلا بوجود الشرط وهو العزل عن المنجزة فقبل وجود شرط المعلقة لا يصح العزل عنها فقوله قبل وجود الشرط أى شرط المعلقة اهـ .

(٢) قوله (دون الاستثناء) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح دون استثنائها ولعلها نسخة أخرى كتب عليها اهـ .

لصحة إيراد العقد عليها ولو الثمر على رؤوس النخل على الظاهر (ك) صحة (بيع برّ فى سنبله) بغير سنبل البر لاحتمال الربا (وباقلاء وأرز وسمسم فى قشرها وجوز ولوز وفستق فى قشرها الأول) وهو الأعلى وعلى البائع إخراجه إلا إذا باع بمافيه وهل له خيار الرؤية؟الوجه نعم فتح ، وإنما بطل ببيع مافى تمر وقطن وضرع

(قوله وأرطال معلومة) أفاد أن محل الإختلاف الآتى ماإذا استثنى معينا ،فإن استثنى جزءاكربع وثلث فإنه صحيح اتفاقا كما فى البحر عن البدائع .

قلت : وجهه أن مايقدر بالرطل شىء معين ، بخلاف الربع مثلا فإنه غير معين ، بل هو جزء شائع كما قلنا آنفاونظيره ماقدمناه عند قوله وفسد ببيع عشرة أذرع من مائة ذراع من دارلا أسهم ،وقيد بالأرطال لأنه لواستثنى رطلا واحدا جاز اتفاقا لأنه استثناء القليل من الكثير ،بخلاف الأرطال لجواز أن لايكون إلاذلك القدر فيكون استثناء الكل من الكل بحر عن البناية ،ومقتضاه أنه لوعلم أنه يبقى أكثر من المستثنى يصح ولو المستثنى أرطالا على رواية الحسن الآتية وهو خلاف مايدل عليه كلام الفتح من تعليل هذه الرواية بأن الباقى بعد إخراج المستثنى ليس مشارا إليه ولا معلوم الكيل المخصوص ، فكان مجهولا وإن ظهر آخرا أنه بقى مقدار معين لأن المفسد هو الجهالة القائمة اهـ ومقتضاه الفساد باستثناء الرطل الواحد أيضا على هذه الرواية تأمل(قوله لصحة إيراد العقد عليها) أى على القفيز والشاة المعينة والأرطال المعلومة ، وهو تعليلٌ لقوله فصح أفاد به دخول ماذكر تحت القاعدة المذكورة (قوله ولو الثمر على رؤوس النخل) فيصح إذا كان مجذوذا بالأولى لأنه محل وفاق (قوله على الظاهر) متعلق بقوله فصح ومقابل ظاهر الرواية رواية الحسن عن الإمام أنه لايجوز واختاره الطحاوى والقدورى، لأن الباقى بعد الاستثناء مجهول وفى الفتح أنه أقيس بمذهب الإمام فى مسألة بيع الصبرة وأجاب عنه فى النهر فراجعه (قوله بغير سنبل البر) متعلق ببيع والباء فيه للبدل قال الخير الرملى فى حاشية البحر ، وسيأتى فى الربا أن بيع الحنطة الخالصة بحنطة فى سنبلها لايجوز ، ويجب تقييده بما إذا لم تكن الحنطة الخالصة أكثر من التى فى سنبلها ، وقد صرح بذلك فى الخانية ، ويعلم بذلك أنه يجوز بيع التى فى سنبلها معه بالأخرى التى فى سنبلها معه صرفا للجنس إلى خلافه اهـ :
وبه ظهر أن قول المصنف كبيع برّ فى سنبله إن أراد به بيع الحب فقط كما يشعر به قول الشارح الآتى وعلى البائع إخراجه فتقييده بقوله بغيرسنبل البر احتراز عما إذا باعه بسنبل البر أى بالبرمع سنبله ، فإنه لايجوز إذا لم يكن الحب الخالص أكثر أما إذا كان أكثر يكون الزائد بمقابلة التبن فيجوز ، وإن أراد به بيع البر مع السنبل ، فلا يصح تقييده بقوله بغير سنبله لما علمت من جواز بيعه بمثله بأن يجعل الحب فى أحدهما بمقابلة التبن فى الآخر (قوله لاحتمال الربا) تعليل للمفهوم ، وهو أنه لو بيع بسنبل البر لايجوز لاحتمال أن يكون البر الذى بيع وحده مساويا للبر الذى بيع مع سنبله ، أو أقل فيكون الفضل ربا إلا إذا علم أن مابيع وحده أكثر كما قلنا آنفا (قوله وباقلاء) هو الفول بحر على وزن فاعلاء يشدد فيقصر ، ويخفف فيمد الواحدة باقلاة فى الوجهين مصباح (قوله فى قشرها الأول) وكذا الثانى بالأولى لأن الأول فيه خلاف الشافعى (قوله فعلى البائع إخراجه (١)) فى البزازية لو باع حنطة فى سنبلها لزم البائع الدوس والتذرية بحر . وكذا الباقلا وما بعدها (قوله إلا إذا باع بمافيه) عبارته فى الدرر المنتقى إلا إذا بيعت بما هى فيه اهـ وهى أوضح يعنى إذا باع الحنطة بالتبن لايلزم البائع تخليصه ط (قوله الوجه نعم) لأنه لم يره فتح وأقره فى البحر والنهر (قوله وإنما بطل الخ) قال فى الفتح وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن فى قطن بعينه ،أو نوى تمر فى تمر بعينه أى باع مافى هذا القطن من الحب ،أو مافى هذا التمر من النوى فإنه لايجوز

---

(١) قوله (فعلى البائع الخ) هكذا بخطه والذى فى نسخ الشارح وعلى الخ بالواو اهـ مصححه .

من نوى وحب ولبن لأنه معدوم عرفا (وأجرة كيل ووزن وعدّ وذرع على بائع) لأنه من تمام التسليم (وأجرة وزن ثمن ونقده) وقطع ثمر وإخراج طعام من سفينة (على مشتر) إلا إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة :

[فرع] ظهر بعد نقد الصراف أن الدراهم زيوف رد الأجرة وإن وجد البعض فبقدره نهر عن إجارة البزازية وأما الدلال فإن باع العين بنفسه بإذن ربها فأجرته على البائع وإن سعى بينهما وباع المالك بنفسه يعتبر العرف وتمامه فى شرح الوهبانية (ويسلم الثمن أولا فى بيع سلعة بدنانير ودراهم) إن أحضر البائع السلعة (وفى بيع سلعة بمثلها

مع أنه أيضا فى غلافه أشار أبو يوسف إلى الفرق بأن النوى هناك معتبر عدما هالكا فى العرف فإنه يقال هذا تمر وقطن ، ولا يقال هذا نوى فى تمره ، ولا حب فى قطنه ويقال هذه حنطة فى سنبلها ، وهذا لوز وفستق فى قشره ولا يقال : هذه قشور فيها لوز ، ولا يذهب إليه وهم وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن فى الضرع واللحم والشحم فى الشاة والألية والأكارع والجلد فيها والدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والعصير فى العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لأن كل ذلك منعدم فى العرف لا يقال هذا عصير وزيت فى محله وكذا الباقى اه (قوله من نوى الخ) نشر مرتب ط (قوله لأنه من تمام التسليم) إذ لا يتحقق تسليم المبيع إلا بكيله ووزنه ونحوه ومعلوم أن الحاجة إلى هذا إذا باع مكايلة أو موازنة ، ونحوه إذ لا يحتاج إلى ذلك فى المجازفة وكذا صب الحنطة فى وعاء المشترى على البائع فتح (قوله وأجرة وزن ثمن ونقده) أما كون أجرة وزن الثمن على المشترى فهو باتفاق الأئمة الأربعة ، وأما الثانى فهو ظاهر الرواية وبه كان يفتى الصدر الشهيد وهو الصحيح كما فى الخلاصة لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن ولا فرق بين أن يقول دراهمى منقودة أولا هو الصحيح خلافا لمن فصل وتمامه في النهر (قوله وقطع ثمر) فى الفتح عن الخلاصة : وقطع العنب المشرى جزافا على المشترى وكذا كل شىء باعه جزافا كالثوم والبصل والجزر إذا خلى بينها وبين المشترى ، وكذا قطع الثمر يعنى إذا خلى بينها وبين المشترى اه (قوله إلا إذا قبض البائع الثمن الخ) أى فإن أجرة النقد على البائع لأنه من تمام التسليم ، وشرط لثبوت الرد إذ لا تثبت زيافته إلا بنقده قال فى البحر : وأما أجرة نقد الدين فعلى المديون إلا إذا قبض رب الدين الدين ، ثم ادعى عدم النقد فالأجرة على رب الدين لأنه بالقبض دخل فى ضمانه (قوله فبقدره) أى فيرد من الأجرة بقدر ماظهر زيفا ، فيرد نصف الأجرة إن ظهر نصف الدراهم زيوفا ، وما عزاه إلى البزازية رأيته أيضا فى الخانية والولوالجية ، ورأيت منقولا عن المحيط أنه لا أجر له بظهور البعض زيوفا لأنه لم يوف عمله ولا ضمان عليه (قوله فأجرته على البائع) وليس له أخذ شىء من المشترى ، لأنه هو العاقد حقيقة شرح الوهبانية وظاهره أنه لا يعتبر العرف هنا لأنه لا وجه له (قوله يعتبر العرف) فتجب الدلالة على البائع أو المشترى أو عليهما بحسب العرف جامع الفصولين (قوله إن أحضر البائع السلعة) شرط لإلزام المشترى بتسليم الثمن أولا والشرط أيضا كون الثمن حالا ، وأن لا يكون فى البيع خيار للمشترى ، فلا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل ولا قبل سقوط الخيار : وأفاد أن للبائع حبس المبيع حتى يستوفى كل الثمن ، فلو شرط دفع المبيع قبل نقد الثمن فسد البيع لأنه لا يقتضيه العقد ، وقال محمد لجهالة الأجل ، فلو سمى وقت تسليم المبيع جاز وله الحبس وإن بقى منه درهم كما فى البحر : وفى الفتح والدر المنتقى : لو هلك المبيع بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بأمر سماوى ، بطل البيع ويرجع بالثمن لو مقبوضا وإن هلك بفعل المشترى ، فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقا أو بشرط الخيار له ، وإن كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا ، وإن هلك بفعل أجنبى فالمشترى بالخيار إن شاء فسخ البيع فيضمن الجانى للبائع ذلك ، وإن شاء أمضاه ودفع الثمن واتبع الجانى ، ويطيب له الفضل إن كان الضمان من خلاف الثمن وإلا فلا اه :

أو ثمن بمثله (سلما معا) مالم يكن أحدهما دينا كسلم وثمن مؤجل ثم التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض

مطلب فى حبس المبيع لقبض الثمن وفى هلاكه ومايكون قبضا

[تنبيه] للبائع حبس المبيع إلى قبض الثمن ، ولو بقى منه درهم ولو المبيع شيئين بصفقة واحدة ، وسمى لكل ثمنا فله حبسهما إلى استيفاء الكل ، ولا يسقط حق الحبس بالرهن ولا بالكفيل ، ولا بإبرائه عن بعض الثمن حتى يستوفى الباقى ، ويسقط بحوالة البائع على المشترى بالثمن اتفاقا وكذا بحوالة المشترى البائع به على رجل عند أبى يوسف ، وعند محمد فيه روايتان ، وبتأجيل الثمن بعد البيع وبتسليم البائع المبيع قبل قبض الثمن فليس له بعده رده إليه بخلاف ماإذا قبضه المشترى بلا إذنه إلا إذا رآه ولم يمنعه من القبض فهو إذن ، وقد يكون القبض حكميا قال محمد كل تصرف يجوز من غير قبض إذا فعله المشترى قبل القبض لايجوز وكل مالايجوز إلا بالقبض كالهبة إذا فعله المشترى قبل القبض جاز ، ويصير المشترى قابضا اه أى لأن قبض الموهوب له يقوم مقام قبض المشترى ومن القبض مالو أودعه المشترى عند أجنبى أو أعاره وأمر البائع بالتسليم إليه لا لو أودعه ، أو أعاره أو آجره من البائع أو دفع إليه بعض الثمن ، وقال تركته عندك رهنا على الباقى ومنه ما لو قال للغلام : تعال معى وامش فتخطى أو أعتقه أو أتلف المبيع أو أحدث فيه عيبا أو أمر البائع بذلك ففعل أو أمره بطحن الحنطة فطحن ، أو وطىء الأمة فحبلت ، ومنه ما لو اشترى دهنا ودفع قارورة يزنه فيها فوزنه فيها بحضرة المشترى ، فهو قبض وكذا بغيبته فى الأصح ، وكذا كل مكيل أو موزون إذا دفع له الوعاء فكاله أو وزنه فيه بأمره ، ومنه مالو غصب شيئا ثم اشتراه صار قابضا بخلاف الوديعة والعارية إلا إذا وصل إليه بعد التخلية ولو اشترى ثوبا أو حنطة فقال للبائع : بعه قال الإمام الفضلى : إن كان قبل القبض والرؤية كان فسخا ، وإن لم يقل البائع نعم ، لأن المشترى ينفرد بالفسخ فى خيار الرؤية ، وإن قال بعه لى أى كن وكيلا فى الفسخ فما لم يقبل البائع لا يكون فسخا ، وكذا لو بعد القبض والرؤية لكن يكون وكيلا بالبيع سواء قال بعه أو بعه لى هذا كله ملخص مافى البحر (قوله أو ثمن بمثله) المراد بالثمن النقود من الدراهم والدنانير لأنها خلقت أثمانا ولا تتعين بالتعيين (قوله سلما معا) لاستوائهما فى التعيين فى الأول وفى عدمه فى الثانى ، أما فى بيع سلعة بثمن فإنما تعين حق المشترى فى المبيع ، فلذا أمر بتسليم الثمن أولا ليتعين حق البائع أيضا تحقيقا للمساواة (قوله ما لم يكن الخ) الظرف الذى نابت عنه ما المصدرية الظرفية متعلق بقوله : ويسلم الثمن فكان المناسب ذكره عقب قوله إن أحضر البائع السلعة بأن يقول ولم يكن دينا الخ (قوله كسلم وثمن مؤجل) تمثيل لما إذا كان أحد العوضين دينا فالأول مثال المبيع لأن المراد بالسلم المسلم فيه والثانى مثال الثمن (قوله ثم التسليم) أى فى المبيع والثمن ولو كان البيع فاسدا كما فى البحر ط :

مطلب فيما يكون قبضا للمبيع

(قوله على وجه يتمكن من القبض) فلو اشترى حنطة فى بيت ودفع البائع المفتاح إليه وقال : خليت بينك وبينها ، فهو قبض وإن دفعه ولم يقل شيئا لا يكون قبضا وإن باع دارا غائبة فقال : سلمتها إليك فقال قبضتها ، لم يكن قبضا ، وإن كانت قريبة كان قبضا : وهى أن تكون بحال يقدر على إغلاقها وإلا فهى بعيدة ، وفى جمع النوازل دفع المفتاح فى بيع الدار تسليم إذاتهيأله فتحه بلا كلفة ، وكذا لو اشترى بقرا فى السرح فقال البائع : إذهب واقبض إن كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضا ، ولو اشترى ثوبا فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه

بلا مانع ولا حائل وشرط فى الأجناس شرطا ثالثا وهو أن يقول خليت بينك وبين المبيع فلو لم يقله أو كان بعيدا لم يصر قابضا والناس عنه غافلون ، فإنهم يشترون قرية ويقرون بالتسليم والقبض ، وهو لايصح به القبض على الصحيح

حتى أخذه إنسان إن كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم ، وإن كان لا يمكنه إلا بقيام لا يصح ، ولو اشترى طيرا أو فرسا فى بيت ، وأمره البائع بقبضه ففتح الباب فذهب إن أمكنه أخذه بلاعون كان قبضا ، وتمامه فى البحر .

مطلب فى شروط التخلية

وحاصله : أن التخلية قبض حكما لو مع القدرة عليه بلا كلفة لكن ذلك يختلف بحسب حال المبيع ، ففى نحو حنطة فى بيت مثلا فدفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض وفى نحو دار فالقدرة على إغلاقها قبض أى بأن تكون فى البلد فيما يظهر ، وفى نحو بقر فى مرعى فكونه بحيث يرى ويشار إليه قبض وفى نحو ثوب ، فكونه بحيث لو مديده تصل إليه قبض وفى نحو فرس أو طير فى بيت إمكان أخذه منه بلامعين قبض (قوله بلا مانع) بأن يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره ، فلو كان المبيع شاغلا كالحنطة فى جوالق البائع لم يمنعه بحر . وفى الملتقط : ولو باع دارا وسلمها إلى المشترى وله فيها متاع قليل أو كثير لا يكون تسليما حتى يسلمها فارغة ، وكذا لو باع أرضا وفيها زرع اهـ وفى البحر عن القنية : لو باع حنطة فى سنبلها فسلمها كذلك لم يصح كقطن فى فراش ، ويصح تسليم ثمار الأشجار وهى عليها بالتخلية وإن كانت متصلة بملك البائع وعن الوبرى المتاع لغير البائع لايمنع ، فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده اهـ .

مطلب اشترى دارا مأجورة لايطالب بالثمن قبل قبضها

قلت : ويدخل فى الشغل بحق الغير ما لو كانت الدار مأجورة ، فليس للبائع مطالبة المشترى بالثمن ، لعدم القبض وهى واقعة الفتوى سئل عنها ورأيت نقلها فى الفصل الثانى والثلاثين من جامع الفصولين : باع المستأجر ورضى المشترى أن لا يفسخ الشراء إلى مضى مدة الإجارة ثم يقبضه من البائع ، فليس له مطالبة البائع بالتسليم قبل مضيها ولا للبائع مطالبة المشترى بالثمن مالم يجعل المبيع بمحل التسليم ، وكذا لو شرى غائبا لا يطالبه بثمنه مالم يتهيأ المبيع للتسليم اهـ (قوله ولا حائل) بأن يكون فى حضرته اهـ ح وقد علمت بيانه (قوله أن يقول خليت الخ) الظاهر أن المراد به الإذن بالقبض لا خصوص لفظ التخلية ، لما فى البحر ولو قال البائع للمشترى بعد البيع : خذ لا يكون قبضا ولو قال خذه يكون تخلية إذا كان يصل إلى أخذه اهـ وفى الفروع المارة مايدل عليه أيضا (قوله أو كان بعيدا) أى وإن قال خليت الخ كما مر والمراد بالبعيد ما لايقدر على قبضه ، بلا كلفة ويختلف باختلاف المبيع ، كما قررناه أو المراد به حقيقته ويقاس عليه ماشابهه (قوله وهو لايصح به القبض) أى الإقرار المذكور ولايتحقق به القبض وقيد بالقبض لأن العقد فى ذاته صحيح ، غير أنه لايجب على المشترى دفع الثمن لعدم القبض (قوله على الصحيح) وهو ظاهر الرواية ، ومقابله مافى المحيط ، وجامع شمس الأئمة أنه بالتخلية يصح القبض وإن كان العقار بعيدا غائبا عنهما عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وهو ضعيف كما فى البحر . وفى الخانية والصحيح ماذكر فى ظاهر الرواية لأنه إذا كان قريبا يتصور فيه القبض الحقيقى فى الحال ، فتقام التخلية مقام القبض ، أما إذا كان

وكذا الهبة والصدقة خانية وتمامه فيما علقناه على الملتقى (وجده) أى البائع الثمن (زيوفا ليس له استرداد السلعة وحبسها به) لسقوط حقه بالتسليم. وقال زفر: له ذلك، كما لو وجدها رصاصا أو ستوقة أو مستحقا وكالمرتهن منية:

بعيدا لايتصور القبض فى الحال فلا تقام التخلية مقام القبض اه هذا ثم إن ماذكره الشارح هنا نقل مثله فى أواخر الإجارات عن وقف الأشباه:

ثم قال: قلت: لكن نقل محشيها ابن المصنف فى زواهر الجواهر عن بيوع فتاوى قارئ الهداية أنه متى مضى مدة يتمكن من الذهاب إليها والدخول فيها كان قابضا وإلا فلا فتنبه اه:

قلت: لكن أنت خبير بأن هذا مخالف للروايتين، ولا يمكن التوفيق بحمل ظاهر الرواية عليه، لأن المعتبر فيها القرب الذى يتصور معه حقيقة القبض كما علمته من كلام الخانية (قوله وكذا الهبة والصدقة) أى لا تكون تخلية البعيد فيهما قبضا قال فى البحر: وعلى هذا تخلية البعيد فى الإجارة غير صحيحة فكذا الإقرار بتسلمها اه:

قلت: ومفاده أن تخلية القريب فى الهبة قبض، لكن هذا فى غير الفاسدة كما فى الخانية حيث قال: أجمعوا على أن التخلية فى البيع الجائز تكون قبضا وفى البيع الفاسد روايتان، والصحيح أنه قبض وفى الهبة الفاسدة كالهبة فى المشاع الذى يحتمل القسمة لا تكون قبضا بإتفاق الروايات. واختلفوا فى الهبة الجائزة ذكر الفقيه أبو الليث أنه لايصير قابضا فى قول أبى يوسف وذكر شمس الأئمة الحلوانى أنه يصير قابضا ولم يذكر فيه خلافا اه:

[تتمة] فى البزازية قبض المشترى المشرى قبل نقده بلا إذن البائع، فطلبه منه فخلى بينه، وبين البائع لايكون قبضا حتى يقبضه بيده، بخلاف ماإذا خلى البائع بينه وبين المشترى اشترى بقرة مريضة وخلاها فى منزل البائع قائلا إن هلكت فمنى وماتت، فمن البائع لعدم القبض وكذا لو قال للبائع: سقها إلى منزلك فأذهب فأتسلمها، فهلكت حال سوق البائع فإن ادعى البائع التسليم فالقول للمشترى قال المشترى للعبد: اعمل كذا أو قال للبائع مره يعمل كذا فعمل فعطب العبد هلك من المشترى لأنه قبض قال المشترى للبائع: لا أعتمدك على المبيع، فسلمه إلى فلان يمسكه حتى أدفع لك الثمن ففعل البائع وهلك عند فلان هلك من البائع، لأن الإمساك كان لأجله. اشترى وعاء لبن خاثر فى السوق فأمر البائع بنقله إلى منزله فسقط فى الطريق فعلى البائع إن لم يقبضه المشترى: اشترى فى المصر حطبا فغصبه غاصب حال حمله إلى منزله فمن البائع، لأن عليه التسليم فى منزل الشارى بالعرف: قال للبائع زنه له وابعثه مع غلامك أو غلامى ففعل وانكسر الوعاء فى الطريق فالتلف من البائع، إلا أن يقول ادفعه إلى الغلام، لأنه توكيل للغلام والدفع إليه كالدفع إلى المشترى اه (قوله لسقوط حقه بالتسليم) فيه أن التسليم موجود أيضا فيما لو وجده رصاصا أو ستوقة، الأولى التعليل بما فى المنح بأنه استوفى أصل حقه فلا يكون له حق نقض التسليم اه أى لأن الزيوف دراهم لكنها معيبة ومثلها النبهرجة كما فى المنية، بخلاف الرصاص والستوقة فإنها ليست دراهم فلم يوجد قبض الثمن أصلا فله نقض التسليم، وأفاد أن هذا لو سلم المبيع؛ أما لو قبضه المشترى بلا إذن البائع فله نقضه فى الزيوف وغيرها كما فى البزازية (قوله كما لو وجدها) الأولى وجده: أى الثمن المحدث عنه (قوله أو مستحقا) أى بأن أثبت رجل أن المقبوض حقه فيثبت للبائع استرداد السلعة لانتقاض الاستيفاء (قوله وكالمرتهن) عبارة منية المفتى: والمرتهن يسترد فى الوجوه كلها اه أى فى الزيوف والرصاص وغيرها: أى لو قبض دينه وسلم الرهن لراهنه ثم ظهر ماقبضه زيوفا أو رصاصا أو ستوقة أو مستحقا فإنه يسترد الرهن:

[تنبيه] لو تصرف المشترى فى المبيع بعد قبضه بيعا أو هبة ثم وجد البائع الثمن كذلك لا ينقض التصرف،

(قبض) بدل دراهمه (الجياد) التي كانت له على زيد (زيوفا) على ظن أنها جياد (ثم علم) بأنها زيوف (يردها ويسترد الجياد) إن كانت (قائمة وإلا فلا) يرد ولا يسترد ، كما لو علم بذلك عند القبض . وقال أبو يوسف يردّ مثل الزيوف ويرجع بالجياد ، كما لو كانت رصاصا أو ستوقة.

(اشترى شيئا وقبضه ومات مفلسا قبل نقد الثمن فالبائع أسوة للغرماء . و) عند الشافعي رضى الله عنه هو أحق به كما (لو لم يقبضه) المشترى (فإن البائع أحق به) اتفاقا :

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « إذا مات المشترى مفلسا فوجد البائع متاعه بعينه فهو أسوة للغرماء » شرح مجمع العينى :

لأن تصرف المشترى بعد القبض بإذن البائع كتصرفه ، وإن كان قبضه بعد نقد الثمن بلا إذن البائع وتصرف فيه ثم وجد الثمن كذلك ينقض من التصرفات مايحتمل النقض ولا ينقض مالايحتمل النقض بزازية وما يحتمل النقض كالهبة والهبة ومالايحتمله كالعتق وفروعه (قوله وإلا) أى وإن لم تكن قائمة سواء كانت هالكة أو مستهلكة درر (قوله كما لو علم بذلك) أى بأنها زيوف لأنه يكون راضيا بها فلا يكون له رد ولا استرداد (قوله وقال أبو يوسف يرد مثل الزيوف الخ) لأن الرجوع بالنقصان باطل لاستلزامه الربا ، ولا وجه لإبطال حقه فى الجودة لعدم رضاه درر . قال فى الحقائق نقلا عن العيون : إنّ ماقاله أبو يوسف حسن وأدفع للضرر ولذا اخترناه للفتوى اه وكذلك صرح فى المجمع بأنه المفتى به عزمية (قوله كما لو كانت رصاصا أو ستوقة) فإنها ترد اتفاقا درر ؛ وظاهر إطلاقه أنها تردّ ولو علم بها وقت القبض لأنها ليست من جنس الأثمان ط :

مطلب لو اشترى شيئا ومات مفلسا قبل قبضه فالبائع أحق

(قوله ومات مفلسا) أى ليس له مال يفى بما عليه من الديون سواء فلسه القاضى أولا (قوله فالبائع أسوة للغرماء) أى يقتسمونه ولا يكون البائع أحق به درر (قوله فإن البائع أحق به) الظاهر أن المراد أنه أحق بحبسه عنده حتى يستوفى الثمن من مال الميت أو يبيعه القاضى ويدفع له الثمن ، فإن وفى بجميع دين البائع فبها ، وإن زاد دفع الزائد لباقى الغرماء ، وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقى له ، وليس المراد بكونه أحق به أنه يأخذه مطلقا ، إذلا وجه لذلك لأن المشترى ملكه وانتقل بعد موته إلى ورثته وتعلق به حق غرمائه ، وإنما كان أحق من باقى الغرماء لأنه كان له حق حبس المبيع إلى قبض الثمن فى حياة المشترى فكذا بعد موته ، وهذا نظير ماسيذكره المصنف فى الإجارات من أنه لو مات المؤجر وعليه ديون فالمستأجر أحق بالدار من غرمائه : أى إذا كانت الدار بيده وكان قد دفع الأجرة والفسخ عقد الإجارة بموت المؤجر فله حبس الدار وهو أحق بثمنها ، بخلاف ما إذا عجل الأجرة ولم يقبض الدار حتى مات المؤجر فإنه يكون أسوة لسائر الغرماء ولا يكون له حبس الدار كما فى جامع الفصولين ، وكذا ماسيأتى فى البيع الفاسد لو مات بعد فسخه فالمشترى أحق به من سائر الغرماء فله حبسه حتى يأخذ ماله هكذا ينبغى حل هذا المحل ، وبه ظهر جواب حادثة الفتوى سئلت عنها : وهى : مالو مات البائع مفلسا بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع للمشترى يكون المشترى أحق به لأنه ليس للبائع حق حبسه فى حياته ، بل للمشترى جبره على تسليمه مادامت عينه باقية فيكون له أخذه بعد موت البائع أيضا ، إذلا حق للغرماء فيه بوجه ، لأنه أمانة عند البائع وإن كان مضمونا بالثمن لو هلك عنده ومثله الرهن ، فإن الراهن أحق به من غرماء المرتهن ، والله

[فروع] باع نصف الزرع بلا أرض ، إن باعه الأكار لرب الأرض جاز ، وبعكسه لا إلا إذا كان البذر من الأكار فينبغي أن يجوز خانية .

باع شجرا أو كرما مثمرا لايدخل الثمر وحينئذ فيعار الشجر إلى الإدراك فلو أبى المشترى إعارته خير البائع إن شاء أبطل البيع أو قطع الثمر جامع الفصولين قال فى النهر ولا فرق يظهر بين المشترى والبائع .

باب خيار الشرط

وجه تقديمه مع بيان تقسيمه مبين فى الدرر . ثم الخيارات بلغت سبعة عشر : الثلاثة المبوّب لها ، وخيار تعيين

سبحانه أعلم (قوله باع نصف الزرع الخ) صورة المسألة : رجل له أرض دفعها لأكار : أى فلاح ودفع له البذر أيضا على أن يعمل الأكار فيها ببقره بنصف الخارج فعمل وخرج الزرع فباع الأكار نصفه لرب الأرض جاز البيع ؛ أما لو رب الأرض نصفه للأكار فلا يجوز لأنه يأمره بقلع ماباعه ، ولا يمكن إلا بقلع الكل فيتضرر المشترى بقلع نصيبه الذى كان له قبل الشراء مستحقا للبقاء فى الأرض إلى وقت الإدراك ، نعم إذا كان البذر من الأكار ويكون مستأجرا الأرض بنصف الخارج ، فليس لرب الأرض أمره بقلع ماباعه ، فينبغى أن يجوز البيع لعدم الضرر وهذه من مسائل بيع الحصة الشائعة من الزرع ، وقدمنا الكلام عليها وعلى نظائرها أول كتاب الشركة (قوله قال فى النهر الخ) أصله لصاحب البحر .

وحاصل البحث أنه ينبغى على قياس هذا أنه لو باع ثمرة بدون الشجر ولم يرض البائع بإعارة الشجر أن يتخير المشترى أيضا ، إن شاء أبطل البيع أو قطعها لأن فى القطع إتلاف المال وفيه ضرر عليه ، لكن تقدم تصريح المتن كغيره من المتون بقوله ويقطعها المشترى فى الحال . وأيضا فانقله عن جامع الفصولين مخالف أيضا لتصريح المصنف كغيره فى بيع الشجر وحده أو الأرض وحدها بقوله ويؤمر البائع بقطعهما : أى الزرع والثمر وتسليم المبيع وإن لم يظهر صلاحه كما نبهنا عليه هناك فافهم ، والله سبحانه أعلم .

باب خيار الشرط

من إضافة الشىء إلى سببه لأن الشرط سبب للخيار بحر ، فإن الأصل فى العقد اللزوم من الطرفين ، ولايثبت لأحدهما اختيار الإمضاء أو الفسخ ولو فى مجلس العقد عندنا إلا باشتراط ذلك (قوله مبين فى الدرر) حيث قال بعد ماترجم بباب خيار الشرط والتعيين ، وقدمهما على باقى الخيارات لأنهما يمنعان ابتداء الحكم ، ثم ذكر خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ، وأخر خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم .

وخيار الشرط أنواع : فاسد وفاقا ، كما إذا قال اشتريت على أنى بالخيار أو على أنى بالخيار أياما أو أبدا . وجائز وفاقا ، وهو أن يقول على أنى بالخيار ثلاثة أيام فما دونها . ومختلف فيه ، وهو أن يقول على أنى بالخيار شهرا أو شهرين ، فإنه فاسد عند أبى حنيفة وزفر والشافعى ، جائز عند أبى يوسف ومحمد اه .

وفى البحر : فرع لايصح تعليق خيار الشرط بالشرط ، فلو باعه حمارا على أنه إن لم يجاوز هذا النهر فرده يقبله وإلا لا لم يصح ، وكذا إذا قال مالم يجاوز به إلى الغد كذا فى القنية اه (قوله الثلاثة المبوّب لها) أى التى ذكر لكل واحد منها باب ، وهى خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب (قوله وخيار تعيين) هو أن يشترى أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أياشاء ، وهو المذكور فى هذا الباب فى قول المصنف باع عبدين على أنه بالخيار

وغبن ونقد وكمية واستحقاق ، وتغرير فعلى ، وكشف حال ، وخيانة مرابحة وتولية وفوات وصف مرغوب فيه ، وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع ، وإجازة عقد الفضولى ، وظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا

فى أحدهما الخ (قوله وغبن) هو مايأتى فى المرابحة فى قوله ولا رد بغبن فاحش فى ظاهر الرواية ، ويفتى بالرد إن غره : أى غر البائع المشترى ، أو بالعكس ، أو غره الدلال وإلا فلا (قوله ونقد) هو مايأتى قريبا فى قوله فإن اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن الخ (قوله وكمية) هو مامر أول البيوع فيما لو اشترى بما فى هذه الخابية الخ وقدمنا بيانه (قوله واستحقاق) هو ماسيذكره فى باب خيار العيب فى قوله استحق بعض المبيع ، فإن كان استحقاقه قبل القبض للكل خير فى الكل ، وإن بعده خير فى القيمى لا فى غيره (قوله وتغرير فعلى) أما القولى فهو مامر فى قوله وغبن . والفعلى كالتصرية ، وهى أن يشد البائع ضرع الشاة ليجتمع لبنها فيظن المشترى أنها غزيرة اللبن : والخيار الوارد فيها أنه إذا حلبها ، إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر ، وبه أخذ الأئمة الثلاثة وأبو يوسف . وعندهما يرجع بالنقصان فقط إن شاء ، وسيأتى تمام الكلام على ذلك إن شاء الله تعالى فى خيار العيب عند قوله اشترى جارية لها لبن (قوله وكشف حال) هو مامر أول البيوع فيما إذا اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا أو بإناء أو حجر لايعرف قدره ، فقد ذكر الشارح هناك أن للمشترى الخيار فيهما ، وقدمنا عن البحر هناك أن هذا الخيار خيار كشف الحال ، ومنه ماذكره بعده فى بيع صبرة كل صاع بكذا ، ومر الكلام عليه (قوله وخيانة مرابحة وتولية) هو ماسيأتى فى المرابحة فى قوله فإن ظهر خيانة فى مرابحة بإقرار أو برهان على ذلك أو نكوله عن اليمين أخذه المشترى بكل ثمنه أو رده لفوات الرضا ، وله الحط قدر الخيانة فى التولية لتتحقق التولية : قال ح : وينبغى أن تكون الوضيعة كذلك (قوله وفوات وصف مرغوب فيه) هو مايذكره فى هذا الباب فى قوله اشترى عبدا بشرط خبزه أو كتبه الخ :

مطلب فى هلاك بعض المبيع قبل قبضه

(قوله وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع) أى هلاكه قبل القبض ، وقيد بالبعض لأن هلاك الكل قبل قبضه فيه تفصيل قدمناه قبيل هذا الباب :

وحاصله كما فى جامع الفصولين أنه إن كان بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع يبطل البيع ؛ وإن بفعل أجنبى يتخير المشترى ، إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أجاز وضمن المستهلك اهـ . وذكره فى البزازية أيضا : ثم قال : وإن هلك البعض قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو وصف ، وخير المشترى بين الفسخ والإمضاء ، وإن بفعل أجنبى فالجواب فيه كالجواب فى جميع المبيع ، وإن بآفة سماوية ، إن نقصان قدر طرح عن المشترى حصة الفائت من الثمن وله الخيار فى الباقى ، وإن نقصان وصف لايسقط شىء من الثمن لكنه يخير بين الأخذ بكل الثمن أو الترك ، والوصف مايدخل تحت البيع بلا ذكر كالأشجار والبناء فى الأرض والأطراف فى الحيوان والجودة فى الكيلى والوزنى ، وإن بفعل المعقود عليه فالجواب كذلك ، وتمام الكلام فيها فراجعه (قوله وظهور المبيع مستأجرا أو مرهونا) أى ولو اشترى دارا مثلا فظهر أنها مرهونة أو مستأجرة يخير بين الفسخ وعدمه ، وظاهره أنه لو كان عالما بذلك لايخير ، وهو قول أبى يوسف . وقالا : يتخير ولو عالما ، وهو ظاهر الرواية كما فى جامع الفصولين . وفى حاشيته للرملى : وهو الصحيح ، وعليه الفتوى كما فى الولوالجية اهـ وكذا يخير المرتهن والمستأجر بين الفسخ وعدمه وهو الأصح كما فى جامع الفصولين ، لكن فى حاشيته للرملى

أشباه من أحكام الفسوخ . قال : ويفسخ بإقالة وتحالف ، فبلغت تسعة عشر شيئا ، وأغلبها ذكره المصنف يعرفه من مارس الكتاب :

(صح شرطه للمتبايعين) معا (ولأحدهما) ولو وصيا (ولغيرهما) ولو بعد العقد

عن الزيلعي أن المرتهن ليس له الفسخ . فى أصح الروايتين . وفى العمادية أن المستأجر له ذلك فى ظاهر الرواية . وذكر شيخ الإسلام أن الفتوى على عدمه ، وسيأتى فى فصل الفضولى أن من الموقوف بيع المرهون والمستأجر والأرض فى مزارعة الغير على إجازة مرتهن ومستأجر ومزارع اه فإن أجاز المستأجر أو المرتهن فلا خيار للمشترى وإن لم يجز فالخيار للمشترى فى الانتظار والفسخ ، وسيأتى تمامه فى فصل الفضولى (قوله أشباه) قال فيها : وكلها يباشرها العاقدان إلا التحالف فإنه لا ينفسخ به ، وإنما يفسخه القاضى ، وكلها تحتاج إلى الفسخ ، ولا ينفسخ شىء منها بنفسه اه ح (قوله ويفسخ بإقالة وتحالف) لايخفى أن الكلام فى الخيار لا فى مجرد الفسخ ، لكن قد يجاب بأنه لو أقال أحدهما الآخر فالآخر بالخيار بين القبول وعدمه ، وكذا يخير كل منهما بين الحلف وعدمه ، فلو اختار عدم الحلف يلزمه دعوى صاحبه . وصورة التحالف أن يختلفا فى قدر ثمن أو مبيع أو فيهما ويعجزا عن البينة ولم يرض واحد منهما بدعوى الآخر تحالفا وفسخ القاضى البيع بطلب أحدهما ، والمسألة مبسوطة فى باب دعوى الرجلين من كتاب الدعوى (قوله صح شرطه) أى شرط الخيار المذكور ، وصرح بفاعل صح إشارة إلى أن ضمير صح الواقع فى عبارة الكنز وغيره عائد إلى المضاف إليه فى الترجمة . قال فى البحر : والظاهر أن الضمير يعود إلى الخيار وفى الوقاية والنقاية : صح خيار الشرط فأبرزه ، والأولى ما فى الإصلاح : صح شرط الخيار لأن الموصوف بالصحة شرط الخيار لا نفس الخيار اه . فالضمير على الأول فى كلام البحر عائد إلى المضاف ، وعلى الأخير إلى المضاف إليه وبه جزم فى النهر فقال الضمير فى صح يعود إلى المضاف إليه بقرينة صح ولقد أفصح المصنف عنه فى الخلع حيث قال : وصح شرط الخيار لها فى الخلع لا له ، ومن غفل عن هذا قال ما قال اه .

قلت : فيه نظر ، فإن الشرط الواقع فى الترجمة عام بقرينة الإضافة ، ولقولهم إنه من إضافة الحكم إلى سببه : أى الخيار الواقع بسبب الشرط فلا يصح عود الضمير إلى الشرط المذكور ، لأن الموصوف بالصحة شرط خاص وهو شرط الخيار الذى أفصح عنه فى الخلع ، وأين العام من الخاص ؟ وما فى الإصلاح لا يصلح دليلا على عوده إلى الشرط ، بل هو تركيب آخر صحيح فى نفسه . والأحسن ما استظهره فى البحر من عوده إلى الخيار ، لكن بقيد وصفه بالمشروطية فإنه فى الأصل من إضافة الموصوف إلى صفته : أى الخيار المشروط ، وهذا لا ينافى كون الشرط سببا للحكم كما أفاده الحموى .

وقد يقال : إن خيار الشرط مركب إضافى صار علما فى اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ ، وكذا خيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب ، كما صار الفاعل والمفعول به ونحو ذلك من التراجم علما فى اصطلاح النحويين على شىء خاص عندهم ، وعلى هذا يعود الضمير فى صح إلى هذا المركب الإضافى ، وهو ما أفصح عنه فى الوقاية والنقاية كما مر ، فكان ينبغى للمصنف متابعتهما لخلوه من التكليف والتعسف (قوله ولو وصيا) وكذا لو وكيلا . قال فى البحر : ولو أمره ببيع مطلق فعقد بخيار له أو للآمر أو لأجنبى صححاه ولو أمره ببيع بخيار للآمر فشرطه لنفسه لا يجوز ، ولو أمره بشراء بخيار للآمر فاشتراه بدون الخيار نفذ الشراء عليه دون الآمر للمخالفة ، بخلاف ما إذا أمره ببيع بخيار فباع باتا حيث يبطل أصلا اه ملخصا ط وسيذكر الشارح الفرق بين الفرعين الأخيرين (قوله ولغيرهما) ويثبت الخيار لهما مع ذلك الغير أيضا كما سيأتى فى قول المصنف ولو شرط المشترى الخيار لغيره صح الخ (قوله ولو بعد العقد) ربما يتوهم اختصاصه بقوله ولغيرهما مع أنه جار

لافبله تتارخانية (فى مبيع) كله (أو بعضه) كثلثه أو ربعه ولو فاسدا ؛ ولو اختلفا فى اشتراطه فالقول لنا فيه على المذهب (ثلاثة أيام أو أقل) وفسد عند إطلاق أو تأبيد (لأكثر) فيفسد ، فلكل فسخه خلافا لهما

فى الأقسام الثلاثة ، فلو قدمه وقال صح شرطه ، ولو بعد العقد لكان أولى اهـ ح . فلو قال أحدهم بعدالبيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح إجماعا بحر (قوله لا قبله) فلو قال جعلتك بالخيار فى البيع الذى نعقده ثم اشترى مطلقا لم يثبت بحر عن التتارخانية (قوله أو بعضه) لا فرق فى ذلك بين كون الخيار للبائع أو للمشترى ولا بين أن يفصل الثمن أولا ، لأن نصف الواحد لايتفاوت ط عن النهر (قوله كثلثه أوربعه) مثله مالإذا كان المبيع متعددا وشرط الخيار فى معين منه مع تفصيل الثمن كما يأتى قبيل خيار التعيين اهـ ح (قوله ولو فاسدا)أى ولو كان العقد الذى شرط فيه الخيار فاسدا وكان الأقعد فى التركيب أن يقول صح شرطه ولو بعد العقد ولو فاسدا كمالايخفى ح . وفائدة اشتراطه فى الفاسد مع أن لكل منهما الفسخ بدونه ماقيل إنه يثبت لمن اشترط ولو بعد القبض ، ولايتوقف على القضاء به أو الرضا اهـ .

قلت : وفيه نظر لأنه إن كان الضمير فى قوله ولا يتوقف الخ عائد إلى الخيار فهو لايتوقف على ذلك مطلقا ، أو إلى فسخ البيع الفاسد فكذلك ، نعم تظهر الفائدة فى أنه لو كان الخيار للبائع أولهما وقبضه المشترى بإذن البائع لايدخل فى ملك المشترى مع أنه لولا الخيار ملكه بالقبض فافهم (قوله فالقول لنا فيه)لأنه خلاف الأصل كمافى البحر وهو مكرر مع مايأتى متنا اهـ ح (قوله على المذهب) وعند محمد القول لمدعيه والبينة للآخر ح عن البحر (قوله ثلاثة أيام) لكن إن اشترى شيئا مما يتسارع إليه الفساد ، فنى القياس لايجبر المشترى على شىء ، وفى الاستحسان يقال له إما أن تفسخ البيع أو تأخذ المبيع ، ولا شىء عليك من الثمن حتى تجيز البيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين بحر عن الخانية .

[تنبيه] اعلم أن الخيار فى العقود كلها لايجوز أكثر من ثلاثة أيام إلا فى الكفالة فى قول الإمام . زاد فى البزازية وللمحتال ، وكذا فى الوقف لأن جوازه على قول الثانى وهو غير مقيد عنده بالثلاث درمنتقى ، وتمامه فى النهر (قوله وفسد عند إطلاق) أى عند العقد . أما لو باع بلاخيار ثم لقيه بعد مدة فقال له أنت بالخيار فله الخيار مادام فى المجلس بمنزلة قوله لك الإقالة كما فى البحر عن الولوالجية وغيرها ، وحمل عليه قول الفتح : لو قال له أنت بالخيار فله خيار المجلس فقط . قال فى النهر : ولم أر من فرق بينهما ، ويظهر لى أن المفسد فى الثانى أن الإطلاق وقت العقد مقارن فقوى عمله وفى الأول بعد التمام فضعف وقد أمكن تصحيحه بإمكان الخيار له فى المجلس اهـ .

[تنبيه] قدمنا عن الدرر أنه لو قال على أنى بالخيار أياما فهو فاسد . واعترض فى الشرنبلالية بأن قولهم لو حلف لا يكلمه أياما يكون على ثلاثة ، ومقتضاه أن يكون هنا كذلك تصحيحا لكلام العاقل عن الإلغاء ، وإلا فما الفرق .

قلت : قد يجاب بأن أياما فى الحلف يصح أن يراد منه الثلاثة والعشرة مثلا ، لكن اقتصر على الثلاثة لأنها المتيقن وذلك لاينافى صحة إرادة مافوقها ، حتى لو نوى الأكثر حنث ، بخلافه هنا فإن الثلاثة لازمة بالنص البتة ولفظ أياما صالح لما فوقها وما فوقها مفسد للعقد فلاينفعنا حمله على الثلاثة لأنه لايقطع الاحتمال (قوله فلكل فسخه) شمل من له الخيار منهما والآخر ، وهذا على القول بفساده ظاهر ، وكذا على القول الآتى بأنه موقوف . قال فى الفتح : وذكر الكرخى نصا عن أبى حنيفة أن البيع موقوف على إجازة المشترى وأثبت للبائع حق الفسخ قبل الإجازة ، لأن لكل من المتعاقدين حق الفسخ فى البيع الموقوف اهـ (قوله خلافا لهما) فعندهما يجوز إذا سمى مدة معلومة فتح

(غير أنه يجوز إن أجاز) من له الخيار (فى الثلاثة) فيقلب صحيحا على الظاهر ؛

(وصح) شرطه أيضا (فى) لازم يحتمل الفسخ كمزارعة ومعاملة و (إجارة وقسمة وصلح عن مال) ولو بغير عينه (وكتابة وخلع) ورهن (وعتق على مال)

(قوله غير أنه يجوز إن أجاز فى الثلاثة) وكذا لو أعتق العبد أو مات العبد أو المشترى أو أحدث به مايوجب لزوم البيع ينقلب البيع جائزا عند أبى حنيفة ، وتمامه فى البحر عن الخانية (قوله فى الثلاثة) ولو فى ليلة الرابع قهستانى (قوله فينقلب صحيحا الخ) لأنه قد زال المفسد قبل تقرره ، وذلك أن المفسد ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع ، فإذا أسقطه تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا .

ثم اختلفوا فى حكم هذا العقد فى الابتداء ، فعند مشايخ العراق حكمه الفساد ظاهرا ، إذ الظاهر دوامهما على الشرط فإذا أسقطه تبين خلاف الظاهر فينقلب صحيحا . وقال مشايخ خراسان والإمام السرخسى وفخر الإسلام وغيرهما من مشايخ ماوراء النهر : هو موقوف ، وبالإسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا ، وإذا مضى جزء من الرابع فسد العقد الآن وهو الأوجه ، كذا فى الظهيرية والذخيرة فتح ملخصا ، وتمامه فيه ، ولكن الأول ظاهر الرواية بحر ومنح . وفى الحدادى : فائدة الخلاف تظهر فى أن الفاسد يملك إذا اتصل به القبض والموقوف لايملك إلا أن يجيزه المالك ، ونظر فيه بأن الفاسد أيضا لايملك إلا بإذن البائع كما فى المجمع ؛ والأولى أن يقال إنها تظهر فى حرمة المباشرة وعدمها فتحرم على الأول لا على الثانى نهر ؛

قلت : وفى التنظير نظر ، فإن الملك فى الفاسد يحصل بقبض المبيع بإذن البائع ، فالمتوقف فيه على إذن البائع هو القبض لا نفس الملك ؛ وأما الموقوف كبيع الفضولى فإن الملك يتوقف فيه على إجازة المالك البيع فتبقى ثمرة الخلاف ظاهرة ، لكن ماقدمناه قريبا عن الخانية من أنه لو أعتق العبد ينقلب جائزا يشمل ماقبل القبض مع أن قوله ينقلب جائزا إنما يناسب القول بأنه فاسد لا موقوف ، فيفيد حصول الملك قبل القبض ، ويؤيده مامر من أن حكمه عند مشايخ العراق الفساد ظاهرا ، فيدل على أنه لافساد فى نفس الأمر ، ولذا قال فى الفتح : إن حقيقة القولين أنه لافساد قبل الرابع بل هو موقوف ، ولايتحقق الخلاف إلا بإثبات الفساد على وجه يرتفع شرعا بإسقاط الخيار قبل مجىء الرابع كما هو ظاهر الهداية (قوله فى لازم) أخرج به الوصية ، فلامحل للخيار فيها لأن للموصى الرجوع فيها مادام حيا ، وللموصى له القبول وعدمه أفاده ط ، ومثلها العارية والوديعة (قوله يحتمل الفسخ) أخرج مالايحتمله كنكاح وطلاق وخلع وصلح عن قود ؛

واستشكل فى جامع الفصولين النكاح بفسخه بالردة وملك أحدهما الآخر فإنه فسخ بعد التمام ، أما فسخه بعدم الكفاءة والعتق والبلوغ فهو قبل التمام ؛

قلت : قد يجاب بأن المراد بما يحتمل الفسخ ما يحتمله بتراضى المتعاقدين قصدا وفسخ النكاح بالردة والملك ثبت تبعا (قوله كمزارعة ومعاملة) أى مساقاة وهذان ذكرهما فى البحر بحثا فقال : وينبغى صحته فى المزارعة والمعاملة لأنهما إجارة مع أنه جزم بذلك فى الأشباه . قال الحموى : يحتمل أنه ظفر بالمنقول بعد ذلك فإن تصنيف البحر سابق (قوله وإجارة) فلو فسخ فى اليوم الثالث هل يجب عليه أجر يومين أفتى صط أنه لايجب ، لأنه لم يتمكن من الانتفاع بحكم الخيار ، لأنه لو انتفع يبطل خياره جامع الفصولين (قوله وقسمة) لأنها بيع من وجه (قوله وصلح عن مال) احترز به عن صلح عن قود ، لأنه لايحتمل الفسخ كما مر (قوله ورهن) كان ينبغى تقديمه على الخلع أو تأخيره عن العتق ، لأن قول المتن على مال راجع للخلع أيضا ، ولا يصح رجوعه للرهن كما لايخفى

أو شرط لزوجة وراهن وقن» (ونحوها) كـكفالة وحوالة وإبراء وتسليم شفعة بعد الطلبين ، ووقف عند الثانى أشباه وإقالة بزازية ، فهى ستة عشر ، لافى نـكاح وطلاق ويمين ونذر وصرف وسلم وإقرار إلا الإقرار بعقد يقبله أشباه ، ووكالة ووصية نهر : فهى تسعة ، وقد كنت غيرت مانظمه فى النهر فقلت :

وكان ينبغى أن يذكر الطلاق على مال أيضا لأنه معاوضة من جانب المرأة كالخلع ، وكما أن العتق على مال معاوضة من جانب العبد اهـ ح (قوله لزوجة وراهن وقن») لأن العقد فى جانبهم لازم يحتمل الفسخ ، بخلاف الزوج والسيد فإن العقد من جانبهما وإن كان لازما لـكنه لايحتمل الفسخ لأنه يمين ، وبخلاف المرتهن فإن العقد من جانبه غير لازم أصلا ، وحينئذ فيجب ذكرهم فى المقابل اهـ ح أى فيما لايصح فيه الخيار . ويمكن أن يقال : إن الخلع والعتق على مال داخلان فى قوله الآتى ويمين تأمل ، وقوله لازم يحتمل الفسخ : أى قبل تمامه بالقبول ، أما بعد القبول من الزوجة والراهن والقن فلا يحتمله (قوله ككفالة) أى بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له أوللـكفيل بحر وقدمنا أن الخيار فى الـكفالة والحوالة يصح أكثر من ثلاثة أيام (قوله وحوالة) إذا شرط للمحتال أو المحال عليه لأنه يشترط رضاه ط (قوله وإبراء) بأن قال أبرأتك على أنى بالخيار ، ذكره فخر الإسلام من بحث الهزل بحر . قال ط : لـكن نقل الشريف الحموى عن العمادية : لو أبرأه من الدين على أنه بالخيار فالخيار باطل ، ولعل فى المسألة خلافا اهـ .

قلت : وبالثانى جزم الشارح فى أول كتاب الهبة وعزاه إلى الخلاصة (قوله ووقف) فيه أنه لايحتمل الفسخ تأمل (قوله عند الثانى) لأنه عنده لازم . وعند محمد وإن كان كذلك ، لـكنه اشترط أن لايكون فيه خيار شرط ولو معلوما ، وقدمنا فى الوقف أن الخلاف فى غير المسجد ، فلو فيه صح الوقف وبطل الخيار (قوله فهى ستة عشر) أى مع البيع (قوله لا فى نـكاح الخ) لأنها لا تحتمل الفسخ (قوله وطلاق) أى بلا مال لما عرفت ، وينبغى أن يكون الخلع بلا مال مثله اهـ ح (قوله وإقرار الخ) عبارته مع المتن فى كتاب الإقرار : أقر بشىء على أنه بالخيار ثلاثة أيام لزمه بلا خيار ، لأن الإقرار إخبار فلا يقبل الخيار ، وإن صدقه المقر له فى الخيار إلا إذا أقر بعقد بيع وقع بالخيار له فيصح باعتبار العقد إذا صدقه أو برهن الخ (قوله ووكالة ووصية) فلا خيار فيهما لعدم اللزوم من الطرفين ولزوم الوكالة فى بعض الصور نادر ، أفاده ط وهذان زادهما فى النهر بحثا أخذا مما مر فى قوله فى لازم (قوله فهى تسعة) يزاد عاشر وهو الهبة ، لما سيذكره المصنف فى بابها من أن من حكمها عدم صحة خيار الشرط فيها الخ .

مطلب المواضع التى يصح فيها خيار الشرط والتى لا يصح

(قوله وقد كنت غيرت مانظمه فى النهر) فإن نظم النهر كان هكذا :

والصلح والخلع مع الحوالة　　　والوقف والقسمة والإقالة

وليس فى هذا التغيير كبير فائدة مع أنهما لم يستوفيا الأقسام كما قاله ح أى لأنهما أسقطا من القسم الأول المزارعة والمعاملة والـكتابة ، ومن الثانى الوصية لـكن الظاهر أن إسقاط الـكتابة ذهول ، وأما ما عداها فلـكونه بحثا كما علمته مما مر .

قلت : وقد كنت نظمت ، جميع مسائل القسمين مشيرا إلى البحث منها مع زيادة الهبة فى القسم الثانى فقلت :

يصح خيار الشرط فى ترك شفعة　　　وبيع وإبراء ووقف كفاله

يأتى خيار الشرط فى الإجارة والبيع والإبراء والكفالة
والرهن والعتق وترك الشفعة والصلح والخلع كذا والقسمة
والوقف والحوالة الإقالة لاالصرف والإقرار والوكالة
ولا النكاح والطلاق والسلم لنذر وأيمان فهذا يغتنم

(فإن اشترى) شخص شيئا (على أنه) أى المشترى (إن لم ينقد ثمنه إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح) استحسانا خلافا لزفر ، فلو لم ينقد فى الثلاث فسد فنفذ عتقه بعدها لو فى يده فليحفظ (و) إن اشترى كذلك (إلى أربعة أيام (لا) يصح خلافا لمحمد (فإن نقد فى الثلاثة جاز) اتفاقا ، لأن خيار النقد ملحق بخيار الشرط ، فلو ترك التفريع لكان أولى

وفى قسمة خلع وعتق إقالة وصلح عن الأموال ثم الحواله
مكاتبة رهن كذاك إجارة وزيد مساقاة مزارعة له
وما صح فى نذر لكاح ألية وفى سلم صرف طلاق وكاله
وإقرار إيهاب وزيد وصية كما مر بحثا فاغتنم ذى المقاله

(قوله والخلع) بالرفع خبره كذا ، ولا يصح جعل كذا خبرا عن القسمة لأنه مجرور بالعطف على ماقبله ، نعم يصح جعله متعلقا بمحذوف حالا من الخلع .

مطلب خيار النقد

(قوله على أنه أى المشترى الخ) وكذا لو نقد المشترى الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة فلا بيع بينهما صح أيضا ، والخيار فى مسألة المتن للمشترى لأنه المتمكن من إمضاء البيع وعدمه ، وفى الثانية للبائع ؛ حتى لو أعتقه صح ولو أعتقه المشترى لايصح نهر .

[تنبيه] ذكر فى البحر هنا بيع الوفاء تبعا للخالية قائلا لأنه من أفراد مسألة خيار النقد أيضا ، وذكر فيه ثمانية أقوال ، وذكره الشارح آخر البيوع قبيل كتاب الكفالة ، وسيأتى الكلام عليه هناك إن شاء الله تعالى (قوله فلو لم ينقد فى الثلاث فسد) هذا لو بقى المبيع على حاله . قال فى النهر : ثم لو باعه المشترى ولم ينقد الثمن فى الثلاث جاز البيع وكان عليه الثمن ، وكذا لو قتلها فى الثلاث أو مات أو قتلها أجنبى خطأ وغرم القيمة ؛ ولو وطئها وهى بكر أو ثيب أو جنى عليها أو حدث بها عيب لابفعل أحد ثم مضت الأيام ولم ينقد خير البائع ، إن شاء أخذها مع النقصان ولا شىء له من الثمن ، وإن شاء تركها وأخذ الثمن كذا فى الخالية اه (قوله فنفذ عتقه الخ) أى وعليه قيمته بحر عن الخانية ، وهذا تفريع على قوله فسد . قال فى النهر : واعلم أن ظاهر قوله فلا بيع يفيد أنه إن لم ينفذ فى الثلاث ينفسخ . قال فى الخانية : والصحيح أنه يفسد ولاينفسخ ، حتى لو أعتقه بعد الثلاث نفذ عتقه إن كان فى يده اه . وأما عتقه قبل مضى الثلاث فينفذ بالأولى ، كما لو باعه كما مر لأنه بمعنى خيار الشرط (قوله وإن اشترى كذلك) أى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام (قوله لايصح) والخلاف السابق فى أنه فاسد أو موقوف ثابت هنا نهر عن الذخيرة (قوله خلافا لمحمد) فإنه جوّزه إلى ما سماه (قوله فلو ترك التفريع) أى فى قوله فإن اشترى فإن الإلحاق يقتضى المغايرة والتفريع يقتضى أنه من فروعه : قال فى الدرر : لم يذكره بالفاء كما ذكره فى الوقاية إشارة إلى أنه ليس من صور خيار الشرط حقيقة ليتفرع عليه بل أورده عقيبه لأنه فى حكمه معنى اه .

(ولا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره) فقط اتفاقا (فيهلك على المشترى بقيمته) أى بدله ليعم المثلى (إذا قبضه بإذن البائع) يوم قبضه كالمقبوض على سوم الشراء (فإنه بعد بيان الثمن

قال محشيه خادمى أفندى : أقول الواقع فى الزيلعى كونها من صوره، وقد قال صدر الشريعة فى وجه إدخال الفاء إنه فرع مسألة خيار الشرط لأنه إنما شرع ليدفع بالفسخ الضرر عن نفسه سواء كان الضرر تأخير أداء الثمن أو غيره ، على أن قوله لأنه فى حكمه يصلح أن يكون علة مصححة لدخول الفاء (قوله ولا يخرج مبيع عن ملك البائع مع خياره) لأنه يمنع الحكم ، وفى قوله عن ملك البائع إيماء إلى أن البائع هو المالك ، فلو كان فضوليا كان اشتراط الخيار له مبطلا للبيع ، لأن الخيار له بدون الشرط (١) كما فى فروق الكرابيسى . ولا يرد الوكيل بالبيع إذا باع بشرط الخيار له لأنه كالمالك حكما نهر (قوله فقط) قيد به وإن كان الحكم كذلك إذا كان الخيار لهما ، لأن المصنف سيذكره صريحا وإلا لزم التكرار فافهم (قوله فيهلك) بكسر اللام ط (قوله على المشترى بقيمته) لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا نفاذ بدون بقاء المحل فبقى مقبوضا بيده على سوم الشراء وفيه القيمة كذا فى الهداية . ولا فرق فى مسألة المصنف بين هلاكه فى مدة الخيار مع بقائه أو بعد ما فسخ البائع البيع كما فى جامع الفصولين . وأما إذا هلك فى يده بعد المدة بلا فسخ فيها فإنه يهلك بالثمن لسقوط الخيار . ولو ادعى هلاكه فى يد المشترى ووجوب القيمة وادعى المشترى إباقه من يده فالقول له بيمينه لأن الظاهر حياته ويتم البيع ؛ ولو ادعى البائع الإباق والمشترى الموت فالقول للبائع بيمينه كذا فى السراج بحر (قوله إذا قبضه بإذن البائع) وكذا بلا إذنه بالأولى ط . وأما إذا هلك فى يد البائع انفسخ البيع ولا شىء عليهما كما فى المطلق عنه ، وإن تعيب فى يد البائع فهو على خياره ، لأن ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشترى يتخير ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء فسخ كما فى البيع المطلق ، وإذا كان العيب بفعل البائع ينتقص المبيع فيه بقدره ، لأن ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه ويسقط به حصته من الثمن بحر عن الزيلعى ، ويأتى حكم تعيبه فى يد المشترى (قوله يوم قبضه) ظرف لقيمته ح (قوله فإنه بعد بيان الثمن مضمون بالقيمة) أطلقه فشمل بيان الثمن من البائع أو المساوم ، وخصه الطرسوسى فى أنفع الوسائل بالثانى .

ورده فى البحر بأنه خطأ لما فى الخانية : طلب منه ثوبا ليشتريه فأعطاه ثلاثة أثواب وقال هذا بعشرة وهذا بعشرين وهذا بثلاثين فأحملها فأى ثوب ترضى بعته منك فحمل فهلكت عند المشترى : قال الإمام ابن الفضل : إن هلكت جملة أو متعاقبا ولا يدرى الأول وما بعده ضمن ثلث الكل ، وإن عرف الأول لزمه ذلك الثوب والثوبان أمانة ، وإن هلك اثنان ولا يعلم أيهما الأول ضمن نصف كل منهما ورد الثالث لأنه أمانة ، وإن نقص الثالث ثلثه أو ربعه لا يضمن النقصان ، وإن هلك واحد فقط لزمه ثمنه ويرد الثوبين اهـ ملخصا .

قال فى البحر : فهذا صريح فى أن بيان الثمن من جهة البائع يكفى للضمان اهـ . وأجاب العلامة المقدسى بأن مراد الطرسوسى أنه لابد من تسمية الثمن من الجانبين حقيقة أو حكما ، أما الأول فظاهر ، وأما الثانى فبأن يسمى أحدهما ويصدر من الآخر ما يدل على الرضا به . ثم قال : ومن نظر عبارة الطرسوسى وجدها تنادى بما ذكرناه اهـ .

---

(١) (قوله لأن الخيار له بدون الشرط) فيه أنه يكون حينئذ اشتراطا لشىء من مقتضيات العقد وهو لا يقتضى البطلان .

وأجاب شيخنا بما حاصله : أنه لما كان الخيار ثابتا له بدون الشرط تعين صرف ما ثبت بالشرط إلى نفس العقد لا الحكم الذى هو المحل الأصلى للخيار لشغله بالخيار الأول صونا لكلام العاقل عن الإلغاء والعقد لا يقبل التعليق بالشرط اهـ .

مضمون بالقيمة) بالغة مابلغت نهر ؛

مطلب فى المقبوض على سوم الشراء

قلت : وبيان ذلك أن المساوم إنما يلزمه الضمان إذا رضى بأخذه بالثمن المسمى على وجه الشراء ، فإذا سمى الثمن البائع وتسلم المساوم الثوب على وجه الشراء يكون راضيا بذلك ، كما أنه إذا سمى هو الثمن وسلم البائع يكون راضيا بذلك فكأن التسمية صدرت منهما معا ، بخلاف ما إذا أخذه على وجه النظر لأنه لا يكون ذلك رضا بالشراء بالثمن المسمى . قال فى القنية : سم : عن أبى حنيفة قال له هذا الثوب لك بعشرة دراهم فقال هاته حتى أنظر فيه أو قال حتى أريه غيرى فأخذه على هذا وضاع لاشىء عليه ؛ ولو قال هاته ، فإن رضيته أخذته فضاع فهو على ذلك الثمن اهـ .

قلت : ففى هذا وجدت التسمية من البائع فقط لكن لما قبضه المساوم على وجه الشراء فى الصورة الأخيرة صار راضيا بتسمية البائع فكأنها وجدت منهما ، أما فى الصورة الأولى والثانية فلم يوجد القبض على وجه الشراء ، بل على وجه النظر منه أو من غيره فكأنه أمانة عنده فلم يضمنه . ثم قال فى القنية ط : أخذ منه ثوبا وقال إن رضيته اشتريته فضاع فلا شىء عليه ، وإن قال إن رضيته أخذته بعشرة فعليه قيمته ، ولو قال صاحب الثوب هو بعشرة فقال المساوم هاته حتى أنظر إليه وقبضه على ذلك وضاع لايلزمه شىء اهـ .

قلت : ووجهه أنه فى الأول لم يذكر الثمن من أحد الطرفين فلم يصح كونه مقبوضا على وجه الشراء وإن صرح المساوم بالشراء ، وفى الثانى لما صرح بالثمن على وجه الشراء صار مضمونا ، وفى الثالث وإن صرح البائع بالثمن لكن المساوم قبضه على وجه النظر لا على وجه الشراء فلم يكن مضمونا ، وبهذا ظهر الفرق بين المقبوض على سوم الشراء والمقبوض على سوم النظر فافهم ، واغتنم تحقيق هذا المحل (قوله مضمون بالقيمة) أى إذا هلك ، أما إذا استهلكه فمضمون بالثمن كما حققه الطرسوسى وإن رده فى البحر بأنه غير صحيح ؛ لما فى الخانية : إذا أخذ ثوبا على وجه المساومة بعد بيان الثمن فهلك فى يده كان عليه قيمته ، وكذا لو استهلكه وارث المشترى بعد موت المشترى اهـ .
قال : والوارث كالمورث ، فقد أجاب فى النهر بقوله لانسلم أنه غير صحيح ، إذ الطرسوسى لم يذكره تفقها بل نقلا عن المشايخ صرح به فى المنتقى ، وعلله فى المحيط بأنه صار راضيا بالمبيع حملا لفعله على الصلاح والسداد ، وعزاه فى الخزانة أيضا إلى المنتقى غير أنه قال فى القياس تجب القيمة اهـ كلام النهر .

قلت : ومانقله فى البحر عن الخانية لادلالة فيه على مايدعيه بل فيه مايناقيه ، لأن قوله وكذا لو استهلكه وارث المشترى يفيد أنه لو استهلكه المشترى نفسه كان الواجب الثمن لا القيمة . ووجهه أيضا ظاهر ، لما علمته من تعليل المحيط . والفرق بينه وبين استهلاك الوارث أن العاقد هو المشترى فإذا استهلكه كان راضيا بإمضاء عقد الشراء بالثمن المذكور ، بخلاف ما إذا استهلكه وارثه لأن الوارث غير العاقد بل العقد انفسخ بموته فبقى أمانة فى يد الوارث فيلزمه القيمة دون الثمن ، فقوله فى البحر والوارث كالمورث غير مسلم . ثم رأيت الطرسوسى نقل عن المنتقى مايفيد ذلك وهو قوله : ولو قال البائع رجعت عما قلت أو مات أحدهما قبل أن يقول المشترى رضيت انتقض جهة البيع ، فإن استهلكه المشترى بعد ذلك فعليه قيمته كما فى حقيقة البيع لو انتقض يبقى المبيع فى يده مضمونا فكذا هنا اهـ فهذا صريح بانفساخ العقد بموته فكيف يلزم الوارث الثمن باستهلاكه ، فافهم واغتنم (قوله بالغة مابلغت) رد على الطرسوسى حيث قال : وظاهر كلام الأصحاب أنها تجب بالغة ما بلغت ، ولكن ينبغى أن يقال لايزاد بها على المسمى كما فى الإجارة الفاسدة . قال فى النهر : وفيه نظر ، بل ينبغى أن تجب بالغة مابلغت ، وقد صرحوا

ولو شرط المشترى عدم ضمانه بزازية ، ولو فى يد الوكيل ضمنه من ماله بلا رجوع إلا بأمره بالسوم خانية ؛ أما على سوم النظر فغير مضمون مطلقا ، وعلى سوم الرهن بالأقل من قيمته ومن الدين ، وعلى سوم القرض بقرض ساومه به ، وعلى سوم النكاح لأمة بقيمتها نهر

بذلك فى البيع الفاسد فكذا هنا اه (قوله ولو شرط المشترى) أى مريد الشراء وهو المساوم (قوله ولو فى يد الوكيل الخ) قال فى البحر عن الخانية : الوكيل بالشراء إذا أخذ الثوب على سوم الشراء فأراه الموكل فلم يرض به ورده عليه فهلك عند الوكيل ، قال الإمام ابن الفضل ضمن الوكيل قيمته ولا يرجع بها على الموكل إلا أن يأمره بالأخذ على سوم الشراء فحينئذ إذا ضمن الوكيل رجع على الموكل اه .

مطلب المقبوض على سوم النظر

(قوله أما على سوم النظر) بأن يقول هاته حتى أنظر إليه أو حتى أريه غيرى ولا يقول فإن رضيته أخذته ، وقوله مطلقا : أى سواء ذكر الثمن أولا اهـ ح عن النهر ، ولا يخفى أن عدم ضمانه إذا هلك . أما لو استهلكه القابض فإنه يضمن قيمته ، وقدمنا وجه الفرق بينه وبين المقبوض على سوم الشراء ، وفى حكمه المقبوض على سوم الشراء إذا لم يبين الثمن أو مات أحد العاقدين قبل الرضا أو رجع عما قال كما قدمناه آنفا عن المنتقى ، وقدمنا أول المسألة مالو قبض ثلاثة أثواب وسمى ثمن كل واحد بعينه ليشترى أحدها فهلك واحد منها فإنه يضمنه دون الآخرين ، وتقدم تفصيله ، وهل هذا خاص بما إذا كانت ثلاثة لتكون مما فيه خيار التعيين الآتى بيانه أو أعم؟ والظاهر الثانى (١) : لو كانت أكثر ، فلا شك أن واحدا منها مقبوض على سوم الشراء وإن كان فاسدا والباقى (٢) على سوم النظر فهو أمانة ، بخلاف الأول فتأمل (قوله وعلى سوم الرهن بالأقل من قيمته ومن الدين) أى إذا سمى قدر الدين ، فلا ينافى ما سيذكره المصنف فى كتاب الرهن من قوله المقبوض على سوم الرهن إذا لم يبين المقدار ليس بمضمون على الأصح اه . وفى البزازية : الرهن بالدين الموعود مقبوض على سوم الرهن مضمون بالموعود ، بأن وعده أن يقرضه ألفا فأعطاه رهنا وهلك قبل الإقراض يعطيه الألف الموعود جبرا ، فإن هلك هذا فى يد المرتهن أو العدل ينظر إلى قيمته يوم القبض والدين (٣) ؛ وعن الثانى أقرضنى وخذ هذا ولم يسم القرض فأخذ الرهن ولم يقرضه حتى ضاع يلزمه قيمة الرهن اه وما عن الثانى مقابل الأصح المذكور (قوله وعلى سوم القرض الخ) فى البحر عن جامع الفصولين : وما قبض على سوم القرض مضمون بما ساوم كمقبوض على حقيقته بمنزلة مقبوض على سوم البيع ، إلا أن فى البيع يضمن القيمة وهنا يهلك الرهن بما ساومه من القرض اه ، وقوله يهلك الرهن بما ساومه من القرض أى إذا كانت قيمته مثل الرهن لا أقل ، فلا ينافى ما تقدم من أنه يضمن بالأقل ، وبه ظهر أن ما فى قوله وما قبض نكرة موصوفة بمعنى الرهن فتكون هذه عين المسألة التى قبلها كما يعلم مما نقلناه عن البزازية فى تصوير المسألة السابقة فافهم (قوله وعلى سوم النكاح الخ) يعنى لو قبض أمة غيره ليتزوجها بإذن مولاها فهلكت فى يده ضمن قيمتها جامع الفصولين

---

(١) (قوله والظاهر الثانى) قال شيخنا : يلزمه بيان الفرق بين هذه المسألة وبين المقبوض على سوم الشراء بدون بيان الثمن فإنه حكم فيها بعدم الضمان مع أنه مقبوض على سوم الشراء الفاسد كهذه ، إذ الظاهر أن علة عدم الضمان فيها هى فساد الشراء وهو موجود هنا اه .

(٢) (قوله وإن كان فاسدا والباقى الخ) أى لأن خيار التعيين لا يصح فى الزائد على الثلاث لثبوته على خلاف القياس فيها ، فيتقيد بالثلاث لجمعه الأوصاف الثلاثة وهى الأعلى والأوسط والأدون وماذا يكون أصل القياس لاندفاع الحاجة بالثلاث اه .

(٣) (قوله والدين) معطوف على قوله قيمته : أى ينظر إلى قيمته والدين فيضمن بالأقل منهما اه منه .

(ويخرج عن ملكه) أى البائع (مع خيار المشترى) فقط (فيهلك بيده بالثمن كتعيبه) فيها بعيب لايرتفع كقطع يد فيلزمه قيمته فى المسألة الأولى ، وللبائع فسخ المبيع وأخذ نقصان القيمى لاالمثلى لشبهة الربا حدادى ،

قال محشيه الخير الرملى: أقول تقدم أن ما بعث مهرا بعد الخطبة وهو قائم أو هالك يسترد ، فهو صريح أيضا فى أن ماقبض على سوم النكاح من المهر مضمون ولو لم يسم المهر اه :

[تنبيه] ظاهر كلامهم وجوب قيمة الأمة ولو لم يكن المهر مسمى ، ويحتاج إلى وجه الفرق بينه وبين المقبوض على سوم الشراء أو سوم الرهن فإنه لايضمن إلابعد بيان الثمن أو بيان القرض ، وقد أطال الكلام فيه السيد الحموى فى حاشية الأشباه من النكاح ولم يأت بطائل (قوله ويخرج عن ملكه أى البائع) فلو أعتقه لم يصح عتقه ، ولو كان حلف إن بعته فهو حر لم يعتق لخروجه عن ملكه بحر (قوله مع خيار المشترى فقط) شمل ما إذا كان الخيار لهما وأسقط البائع خياره بأن أجاز البيع كما فى البحر : قال ح : ومثله ما إذا جعل المشترى الخيار لأجنبى (قوله فيهلك بيده بالثمن) لأن الهلاك لايعرى عن مقدمة عيب يمنع الرد فيهلك وقد انبرم البيع فيلزم الثمن ، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع لأن تعيبه فى هذه الحالة لايمنع الرد فيهلك والعقد موقوف فيبطل نهر . وإذا بطل العقد يضمن القيمة :

مطلب فى الفرق بين القيمة والثمن

والفرق بين الثمن والقيمة أن الثمن ماتراضى عليه المتعاقدان سواء زاد على القيمة أو نقص ، والقيمة ماقوم به الشئ بمنزلة المعيار من غير زيادة ولانقصان (قوله كتعيبه فيها) أى فى يد المشترى ، وهذا تشبيه بالهلاك فى الصورتين أعنى فى صورة ما إذا كان الخيار للبائع أو للمشترى ، فإن التعيب المذكور كالهلاك يوجب القيمة فى الأولى والثمن فى الثانية منح ، وشمل ما إذا عيبه المشترى أو أجنبى أو تعيب بآفة سماوية أو بفعل المبيع ، وكذا بفعل البائع (١) : عند محمد فلا يسقط به خيار المشترى ، فإن أجاز البيع ضمن البائع النقصان . وعندهما يلزم البيع بحر : أى ويرجع بالأرش على البائع كما ذكره بعد :

[تنبيه] ذكر حكم الهلاك والنقصان عند المشترى ولم يذكر حكم الزيادة عنده : وحاصله أنها متصلة أو منفصلة ومتولدة من الأصل كالولد والسمن والجمال والبرء من المرض ، أو غير متولدة كالصبغ والعقر والكسب والبناء فيمتنع الفسخ إلا فى المنفصلة الغير المتولدة بحر عن التتارخانية (قوله لايرتفع) يأتى محترزه (قوله فيلزمه قيمته) أى لو هلك ، ولو قال فللبائع فى المسألة الأولى فسخ البيع الخ لكان أولى ، لأن المطلوب بيان مايلزم بالتعيب فى المسألتين ، أما مايلزم بالهلاك فيهما فهو مصرح به فى المتن (قوله لشبهة الربا) لأن الجودة فى المال الربوى غير معتبرة ، لكن قال فى الخلاصة من الغصب : إذا غصب قلب فضة وهو بالضم السوار ، وإن شاء المالك أخذه مكسورا ، وإن شاء تركه وأخذ قيمته من الذهب : قال فى العناية : إذ لو أوجبنا مثل القيمة من جنسه أدى إلى الربا أو مثل وزنه أبطلنا حق المالك فى الجودة والصنعة اه . وذكر الزيلعى هناك فيما لو نقص المغصوب الربوى يخير المالك بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء وبين أن يسلمها ويضمن مثلها أو قيمتها ، لأن تضمين النقصان متعذر لأنه يؤدى إلى الربا اه : وبه علم أن الخيار للمالك بين إمساك العين بلارجوع بالنقصان وبين دفعها تضمين

(١) (قوله وكذا بفعل البائع الخ) عبارة ط : هكذا أو بفعل المبيع أو البائع عندهما . وقال محمد : لايسقط خيار المشترى بتعييب البائع اه وهى الصواب ، تأمل .

وثمنه فى الثانية ؛ ولو يرتفع كمرض ، فإن زال فى المدة فهو على خياره وإلا لزمه العقد لتعذر الرد ابن كمال (ولا يملكه المشترى خلافا لهما) لئلا يصير سائبة ، قلنا السائبة هى التى لاملك فيها لأحد ولا تعلق ملك ، والثانى موجود هنا ، ويلزمكم اجتماع البدلين والعود على موضوعه بالنقض بشراء قريبه (ولا يخرج شىء منهما)

مثلها : أى مثل وزنها لأنه رضى بإبطال حقه فى الجودة وبين تضمين قيمتها : أى من خلاف الجنس . وفى مسألتنا إذا كان الخيار للبائع فى بيع الربوى وعيبه المشترى واختار البائع الفسخ ليس له أخذ نقصان العيب لأنه يؤدى إلى الربا وينبغى أن يكون له الخيارات المذكورة تأمل (قوله فى الثانية) أى ماكان الخيار فيها للمشترى (قوله ولو يرتفع) مقابل قوله بعيب لايرتفع (قوله فهو على خياره) أى فله الفسخ فى مدة الخيار ورد المبيع على بائعه (قوله وإلا) أى وإن لم يزل المرض فى المدة لزم العقد ، لأنه لايمكنه رده فى المدة معيبا لتضرر البائع ، ولوزال بعد مضى المدة لزم العقد بمضيها (قوله ابن كمال) ومثله فى البحر والجوهرة (قوله ولا يملكه المشترى) أى فيما إذا كان الخيار له فقط ، لكن فى الخانية يصح إعتاقه ويكون إمضاء . وفى السراج : تجب النفقة عليه بالإجماع ، ولو تصرف فيه فى مدة الخيار جاز تصرفه ويكون إجازة منه . وفى جامع الفصولين : لو رهن بالثمن رهنا جاز الرهن به مع أنه ذكر فيه أيضا أنه لو أبرأه البائع عن الثمن لم يجز إبراؤه عند أبى يوسف اهـ فينبغى أن لايصح الرهن أيضا . والجواب أن الإبراء يعتمد الدين ولا دين له عليه لأن الثمن باق على ملك المشترى بخلاف الرهن بدليل صحته بالدين الموعود به ، لكن فى المعراج أن عدم صحة الرهن (١) بالثمن قياس والاستحسان صحته لأنه إبراء بعد وجود السبب وهو البيع ، وتمامه فى البحر . وفيه عن الخلاصة أن زوائد المبيع موقوفة ، إن تم البيع كانت للمشترى ، وإن فسخ كانت للبائع (قوله خلافا لهما) حيث قالا إنه يملكه (قوله لئلا يصير سائبة) أى شيئا لامالك له بعد دخوله فى الملك ، وهذا دليل لقولهما إنه يملكه بعد خروجه من ملك البائع أى أنه لولم يملكه لزم أن يخرج عن ملك البائع لا إلى مالك فيكون كالسائبة ولا عهد لنا به فى الشرع يعنى فى المعاوضات لئلا يرد نحو التركة المستغرقة بالدين فإنها تخرج عن ملك الميت ولاتدخل فى ملك الورثة ولا الغرماء ، وتمامه فى النهر والفتح (قوله قلنا) أى من طرف الإمام ، وهو جواب بمنع كونه كالسائبة (قوله والثانى موجود هنا) وهو علقة الملك : أى للبائع ، إذ قد يرد عليه فيعود إليه حقيقة ملكه وللمشترى أيضا إذ قد يسقط خياره فيكون له ط (قوله ويلزمكم الخ) استدلال للإمام بطريق النقض الإجمالى لدليل الخصم باستلزامه الفساد من وجهين :

الأول مافى النهر أنه لو دخل فى ملك المشترى مع كون الثمن لم يخرج من ملكه لزم اجتماع البدلين فى حكم ملك أحد المتعاقدين حكما للمعاوضة ولا أصل له فى الشرع ، يعنى فى باب المعاوضة فإنها تقتضى المساواة بينهما فى تبادل ملكيهما ، فلا يرد مالو غصب المدبر وأبق من يده فإنه يضمن قيمته ولا يخرج به عن ملك المالك فيجتمع العوضان فى ملك لأنه ضمان جناية لامعاوضة :

والثانى مافى الفتح من أن خيار المشترى شرع نظرا له ليتروى فيقف على المصلحة ، فلو أثبتنا الملك بمجرد البيع مع خياره ألحقناه نقيض مقصوده ، إذ ربما كان المبيع من يعتق عليه فيعتق بلا اختياره فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض إذ كان مفوتا للنظر وذلك لايجوز (قوله ولا يخرج شىء منهما الخ) فإن تصرف البائع جاز وكان فسخا وكذا إن تصرف المشترى فى الثمن إن كان عينا وتصرف كل منهما فيما اشتراه باطل ، وأيهما هلك قبل التسليم بطل

---

(١) (قوله أن عدم صحة الرهن الخ) عبارة المعراج كما فى البحر أن عدم صحته قياس الخ ، فالضمير البارز راجع للإبراء كما لايخفى اهـ .

أى من مبيع وثمن من ملك بائع ومشتر عن مالكه اتفاقا (إذا كان الخيار لهما) وأيهما فسخ فى المدة انفسخ البيع ، وأيهما أجاز بطل خياره فقط (و) هذا الخلاف (تظهر ثمرته فى) عشر مسائل جمعها العينى فى قوله : اسحق عزك فخم :

الألف من الأمة لو اشتراها بخيار وهى زوجته بقى النكاح :

والسين من الاستبراء فحيضها فى المدة لايعتبر استبراء :

والحاء من المحرم ، فلا يعتق محرمه :

والقاف من القربان لمنكوحته المشتراة ، فله ردها إلا إذا نقصها به :

البيع ، فإن هلك بعده بطل أيضا ولزم قيمته منح (قوله عن مالكه) لاحاجة إليه ط (قوله وأيهما أجاز بطل خياره فقط) أى وصار العقد باتا من جانبه والآخر على خياره ، وإن لم يوجد منهما إجازة ولا فسخ حتى مضت المدة لزم البيع ، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر بطل البيع بينهما سواء سبق الفسخ أو الإجازة أو كانا معا ، ولا عبرة للإجازة بكل حال اه منح :

وحاصله أنه إذا أجاز أحدهما فالآخر على خياره ، فإن أجاز أيضا تم العقد ، وإن فسخ بطل ، وإن سكتا حتى مضت المدة لزم العقد (قوله وهذا الخلاف) أى المذكور بين الإمام وصاحبيه فى مسألة خيار المشترى ، وهو أن المبيع لايدخل فى ملك المشترى عنده ويدخل عندهما والتفريع فى المسائل الآتية على قوله (قوله بقى النكاح) لأنه لم يملكها عنده ، وإذا سقط الخيار بطل : أى النكاح للتنافى أى بين ثبوت المتعة بملك اليمين وبالعقد : وعندهما انفسخ النكاح لدخولها فى ملك الزوج فإذا فسخ المشترى البيع رجعت إلى مولاها بلا نكاح عليها عندهما : وعنده تستمر زوجته كما فى الفتح . قال فى البحر : وعلى هذا لو اشترى زوجته فاسدا وقبضها يفسد النكاح ، ثم إذا فسخ البيع للفساد لايرتفع فساد النكاح (قوله لايعتبر استبراء) أى عنده ، وعندهما يعتبر ؛ ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب الاستبراء عنده : وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض بحر وهى المسألة الآتية فى رمز الفاء (قوله فلا يعتق محرمه) أى إذا اشترى قريبه المحرم لا يعتق عليه فى مدة الخيار عنده حتى تنقضى المدة ولم يفسخ : وعندهما يعتق لأنه ملكه (قوله فله ردها) لأنه حيث لم يملكها عنده كان وطؤه لها فى مدة الخيار بالنكاح لا بملك اليمين فلا يمتنع الرد ، لأنه لم يكن دليل الرضا بالبيع ، بخلاف وطء غير منكوحته كما سيأتى . وعندهما يمتنع ، لأن الوطء حصل فى الملك وقد بطل النكاح فكان دليل الرضا (قوله إلا إذا نقصها) أى الوطء ولو ثيبا فيمتنع الرد نهر وفتح ، ومقتضاه أن دواعى الوطء ليست كالوطء لعدم التنقيص بها فلايجرى فيها الخلاف(1) المذكور ، بخلافها فى غير المنكوحة فإن دواعيه مثله فتكون دليل الرضا بالبيع فيمتنع الرد اتفاقا كما سيأتى . وعلى هذا فيشكل مافى شرح منلا مسكين (٢) . من أنه يمتنع الرد عند الإمام لو قبلها أو مسها أو مسته بشهوة ؛ وكذا لو وطئها غير الزوج

---

(١) (قوله فلا يجرى فيها الخلاف) صوابه التفصيل ، لأن الخلاف جار وإن لم تنقص كالوطء الغير المنقص اه .

(٢) (قوله وعلى هذا فيشكل مافى شرح منلا مسكين الخ) عبارة الشارح المذكور : ولو اشترى منكوحته فوطئها له ردها عند أبى حنيفة خلافا لهما ، هذا لو ثيبا فلو بكرا يمتنع الرد عنده أيضا ، وكذا لو قبلها أو مسها أو مسته بشهوة ، وكذا لو وطئها غيره فى يده اه . فقد فهم العلامة المحشى أن قوله وكذا لو قبلها الخ تابع لقوله يمتنع الرد فاستشكل وليس كذلك ، بل هو معطوف على قوله فوطئها الذى هو محل الخلاف ، وعليه فلا إشكال أفاده شيخنا ؛ نعم يبقى الإشكال فى عد صورة وطء الغير من محال الخلاف مع أنه ليس فيها إلا إيجاب العقر وهو زيادة منفصلة غير متولدة ، والعجب من العلامة المحشى كيف استظهر وجه امتناع الرد فيها مع تصريحه فى التنبيه السابق عند قول المصنف فيهلك بيده بالثمن بعدم الرد فى الزيادة المذكورة ، وقيده أبو السعود فى حاشيته على منلا مسكين بما إذا عيبها الوطء ، وحينئذ يمتنع الرد قولا واحدا أيضا فلا ينبغى عده فى مسائل الخلاف اه .

والعين من الوديعة عند بائعه ، فتهلك على البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك :

والزاى من الزوجة المشتراة ، لو ولدت فى المدة فى يد البائع لم تصر أم ولد ؛ ولو فى يد المشترى لزم العقد ، لأن الولادة عيب درر وابن كمال :

وفى البحر عن الخانية إذا ولدت بطل خياره ، وإن كان الولد ميتا ولم تنقصها الولادة لايبطل خياره وأقره المصنف :

والكاف من الكسب للعبد فى المدة ، فهو للبائع بعد الفسخ :

والفاء من الفسخ لبيع الأمة ، فلا استبراء على البائع :

والخاء من الخمر ، فلو شراه ذمى من مثله بالخيار فأسلم أحدهما فهو للبائع عينى ، وتبعه المصنف ، لكن عبارة ابن الكمال : وأسلم المشترى :

فى يده اه . ووجه الأخير ظاهر ، لأن وطء غيره موجب للعقر وهو زيادة منفصلة متولدة من المبيع بعد القبض فتمنع الرد كما مر ويأتى :

[تنبيه] قال فى البحر : ولم أر حكم حل وطء المبيعة بخيار ، أما إذا كان الخيار للبائع فينبغى حله له لا للمشترى وإن كان للمشترى ينبغى أن لايحل لهما ، ونقله فى المعراج عن الشافعى اه . ولا يخفى أن هذا فى غير منكوحته :

ثم اعلم أن هذه المسألة غير مكررة مع الأولى المرموز لها بالألف وإن كان موضوعهما بشراء الأمة المنكوحة ، لأن المقصود من الأولى أن شراءها لايبطل نكاحها ، ومن هذه أن وطء زوجها لايمنعه من ردها كما نبه عليه ط وهو ظاهر (قوله من الوديعة عند بائعه الخ) أى إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك فى يده فى تلك المدة هلك من مال البائع عنده لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك . وعندهما من مال المشترى لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك ، وتمامه فى البحر (قوله لعدم الملك) علة للعلة (قوله لو ولدت) أى بالنكاح بحر (قوله لم تصر أم ولد) أى للمشترى لعدم الملك خلافا لهما بحر (قوله لزم العقد الخ) أى اتفاقا ، وتصير أم ولد للمشترى إذا ادعاه بحر عن ابن كمال ، لأن تعيب المبيع فى مدة الخيار بعد قبضه له مبطل لخياره (قوله إذا ولدت الخ) أى فى يد المشترى فيوافق ماقبله ط (قوله ولم تنقصها الولادة) مقتضاه أن الولادة قد لاتكون نقصانا وهو خلاف الإطلاق السابق ، ويؤيد السابق مافى البزازية : اشتراها وقبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لأمن البائع وهو لايعلم ؛ فى رواية المضاربة عيب مطلقا لأن التكسر الحاصل بالولادة لايزول أبدا وعليه الفتوى : وفى رواية إن نقصتها الولادة عيب ، وفى البهائم ليست بعيب إلا أن توجب نقصانا وعليه الفتوى اه . وسيذكر الشارح فى خيار العيب عن البزازية خلاف مانقلناه عنها وهو تحريف كما سنوضحه هناك (قوله فهو للبائع بعد الفسخ) لأنه عنده لم يحدث على ملك المشترى ، وعندهما للمشترى لحدوثه على ملكه بحر . قال ط : وأما إذا لم يفسخ فالزوائد تبع للمبيع كما سلف (قوله فلا استبراء على البائع) لأنه إنما يجب بتجديد الملك ولم يوجد حيث لم تدخل فى ملك غيره فكأنه لم يزل ملك البائع ابن كمال (قوله لكن عبارة ابن الكمال وأسلم المشترى) وكذا فى الفتح وغيره فيكون هو المراد من لفظ أحدهما : فى عبارة العينى لأنه لو أسلم البائع لا تظهر فيه ثمرة الخلاف لبقاء الخيار إجماعا كما فى الزيلعى ، حيث قال : لو اشترى ذمى من ذمى خمرا على أنه : أى المشترى بالخيار ثم أسلم المشترى فى مدة الخيار بطل الخيار عندهما ، لأنه ملكها فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم . وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يملك تملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم . ولو أسلم البائع والخيار للمشترى بقى على خياره بالإجماع ؛ ولو ردها المشترى عادت إلى ملك البائع ، لأن العقد من جانب البائع بات ، فإن أجازه صار له ، وإن فسخ صار الخمر للبائع

والميم من المأذون ، لو أبرأه البائع من الثمن صح استحسانا وبقي خياره ، لأنه يلي عدم التملك ، كل ذلك عنده خلافا لهما :

قلت : وزيد على ذلك مسائل منها :

التاء للتعليق كإن ملكته فهو حر فشراه بخيار لم يعتق :

والقاء ، واستدامة السكنى بإجارة أو إعارة ليس باختيار :

والصاد ، وصيد شراه بخيار فأحرم بطل البيع :

والدال والزوائد الحادثة فى المدة بعد الفسخ للبائع :

والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكما كما فى الإرث ، ولو كان الخيار للبائع فأسلم هو بطل البيع لأن البيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لايقدر أن يملك الخمر ؛ ولو أسلم المشترى لايبطل العقد والبائع على خياره ، لأن العقد من جهة المشترى بات ؛ فإن أجاز العقد صار له ، لأن المسلم من أهل أن يملك الخمر حكما ، وإن فسخه كان للبائع ، وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لأحدهما ، فلو قبل القبض بطل البيع فى الصور كلها سواء كان البيع باتا أو بخيار لأحدهما أولهما ، لأن للقبض شبها بالعقد من حيث أنه يفيد ملك التصرف فلايملكه بعد الإسلام اه ملخصا (قوله من المأذون الخ) أى إذا اشترى عبد مأذون شيئا بالخيار وأبرأه بائعه عن ثمنه فى مدة الخيار بقى خياره ، لأنه لما لم يملكه كان رده فى المدة امتناعا عن التملك وللمأذون ولاية ذلك ، فإنه إذا وهب له شيء فله ولاية أن لايقبله درر : وعندهما يبطل خياره ، لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله وهذا يقتضى صحة الإبراء ، وقدمنا أنه لايصح عند أبى يوسف قياسا ، ويصح عند محمد استحسانا بحر (قوله كل ذلك) أى المذكور من أحكام المسائل العشر (قوله لم يعتق)لأنه عنده لم يملكه فلم يوجد الشرط . وعندهما وجد فيعتق لأنه ملكه ؛ وأما لو قال إن اشتريت بدل قوله إن ملكت فإنه يعتق اتفاقا لوجود الشرط وهو الشراء ، فيكون كالمنشئ للعتق بعده فيسقط الخيار فتح وبحر (قوله واستدامة السكنى الخ) صورتها : اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام سكناها ، قال خواهر زاده : استدامتها اختيار عندهما لملك العين ، وعنده ليس باختيار فتح ، ومثله خيار العيب وخيار الشرط فى القسمة ؛ ولو ابتدأ السكنى بطل خياره ، وتمامه فى البحر (قوله فأحرم) أى وهو فى يده بطل البيع عنده ويرده إلى البائع ، وعندهما يلزم المشترى ولوكان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع ، ولو كان للمشترى فأحرم المشترى له أن يرده بحر . وعبارة الفتح : ولو كان للمشترى فأحرم البائع للمشترى أن يرده وهى الصواب (قوله بعد الفسخ) متعلق بما تعلق به قوله للبائع : أى تثبت للبائع بعد الفسخ لأنها لم تحدث على ملك المشترى . وعندهما للمشترى لأنها حدثت على ملكه كما فى الفتح : ثم لا يخفى أن الزوائد تعم المتصلة والمنفصلة متولدة أو غيرها . وليس بصحيح هنا لما قدمناه عن التتارخانية من أن حدوثها عند المشترى يمنع الفسخ بالخيار إلا إذا كانت منفصلة غير متولدة كالكسب ، فهذه يتأتى فيها إجراء الخلاف لإمكان الفسخ فيها ، أما فى بقية الصور الثلاث فلا ، بل هى للمشترى قطعا لحدوثها على ملكه حيث امتنع بها الفسخ ولزمه البيع :

ثم رأيت فى جامع الفصولين ذكر مسائل الزيادة كما قدمنا من امتناع الفسخ فى الكل إلا فى صورة المنفصلة الغير المتولدة وأن الخلاف فيها فقط ، وحينئذ فإطلاق الزوائد هنا ليس مما ينبغى ، بل المراد به الصورة المذكورة وهى مسألة الكسب التى رمز لها بالكاف ، فكان على الشارح إسقاط هذه لتكرارها مع إيهامها خلاف المراد

والراء ، والعصير فى بيع مسلمين لو تخمر فى المدة فسد خلافا لهما ، فينبغى أن يرمز لها لفظ تتصدر ويضم الرمز للرمز ، ولم أره لأحد فليحفظ (أجاز من له الخيار) ولو أجنبيا (صح ولو مع جهل صاحبه) إجماعا إلا أن يكون الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة لأن المفسوخ لاتلحقه الإجازة (فإن فسخ) بالقول (لا) يصح (إلا إذا علم) الآخر فى المدة ، فلو لم يعلم لزم العقد ، والحيلة أن يستوثق بكفيل مخافة الغيبة أو يرفع الأمر للحاكم لينصب من يرد عليه عينى ، قيدنا بالقول لصحته بالفعل بلا علمه اتفاقا

كما ظنه من قال إن الزوائد تعم المتصلة والمنفصلة فيستغنى بها عن الكاف المشار بها إلى الكسب اه فافهم (قوله فسد) أى البيع عنده لعجزه عن تملكه بإسقاط خياره ، ويتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه فتح (قوله خلافا لهما) راجع للمسائل الخمس المزيدة فافهم (قوله ويضم الرمز للرمز) كذا فى بعض النسخ : أى يضم الرمز المزيد بلفظ تتصدر للرمز السابق ، وفى بعض النسخ ويضم لرمز الرمز بجر الأول باللام والثانى بالإضافة ، وهذه النسخة ألطف وعليها ففى يضم ضمير يعود للرمز المزيد ، ويكون المراد بالرمز المجرور باللام الرمز السابق عن العينى ، وبالرمز المجرور بالإضافة شرح الكنز للعينى فإن اسمه الرمز . وفى ط : فيصير المعنى اسحق عزك : أى امحقه بتواضعك وعظم الله تعالى فى قلبك ، فامتثل أمره ونهيه ، وعظم الناس بإنزالهم منزلتهم تصير صدرا أى مقدما ومقربا عند الله تعالى وعند الناس (قوله ولم أره لأحد) أى لم ير الرمز بتتصدر وإلا فالمسائل فى المنح والبحر ط (قوله أجاز من له الخيار) أى أجاز بالقول أو بالفعل كالإعتاق والوطء ونحوهما كما يأتى :

وفى جامع الفصولين : إذا قال أجزت شراءه أو شئت أخذه أو رضيت أخذه بطل خياره ؛ ولو قال هويت أخذه أو أحببت أو أردت أو أعجبنى أو وافقنى لايبطل لو اختار الرد أو القبول بقلبه فهو باطل لتعلق الأحكام بالظاهر لابالباطن (قوله ولو مع جهل صاحبه) أى العاقد معه ، أما لو كان للمشتريين ففسخ أحدهما بغيبة الآخر لم يجز كما فى جامع الفصولين (قوله لهما) أى لكل من المتعاقدين (قوله فليس للآخر الإجازة) أى إلا إذا قبل الأول إجازته ، يدل عليه مافى جامع الفصولين : باعه بخيار ففسخه فى المدة انفسخ ، فإن قال بعده أجزت وقبل المشترى جاز استحسانا ، ولو كان الخيار للمشترى فأجاز ثم فسخ وقبل البائع جاز وينفسخ اه فيكون الأول بيعا آخر كما سيذكره الشارح والثانى إقالة (قوله لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة) فيه إشكال سيذكره الشارح مع جوابه (قوله لايصح إلا إذا علم الآخر) هذا عندهما . وقال أبو يوسف : يصح ، وهو قول الأئمة الثلاثة . قال الكرخى وخيار الرؤية على هذا الخلاف ، وفى العيب لايصح فسخه بدون علمه إجماعا ؛ ولو أجاز البيع بعد فسخه قبل أن يعلم المشترى جاز وبطل فسخه ذكره الإسبيجابى ، يعنى عندهما . وفيه يظهر أثر الخلاف فيما إذا باعه بشرط أنه إذا غاب فسخ فسد البيع عندهما خلافا لأبى يوسف : ورجح قوله فى الفتح نهر (قوله فلو لم يعلم) أى فى مدة الخيار ، سواء علم بعدها أو لم يعلم أصلا (قوله أن يستوثق بكفيل) الذى فى العينى أن يأخذ منه وكيلا ، يعنى إذا بدا له الفسخ رده عليه اه ومثله فى البحر وغيره ح (قوله أو يرفع الأمر للحاكم لينصب الخ) فى العمادية : وهذا أحد قولين ، وقيل لاينصب لأنه ترك النظر لنفسه بعدم أخذ الوكيل فلا ينظر القاضى إليه ، وتمامه فى النهر (قوله لصحته بالفعل بلا علمه) مثال الفسخ بالفعل أن يتصرف البائع فى مدة الخيار تصرف الملاك ؛ كما إذا أعتق المبيع أو باعه أو كان جارية فوطئها أو قبلها أو أن يكون الثمن عينا فتصرف فيه المشترى تصرف الملاك فيما إذا كان الخيار للمشترى ، صرح به الأكمل فى العناية وغيره من المشايخ منح ، والمراد بقوله أن يتصرف البائع الخ أن يكون الخيار له وتصرف كذلك فيكون فسخا حكميا لأنه دليل استبقاء المبيع على ملكه . وأما لو كان الخيار للمشترى

كما أفاده بقوله (وتم العقد بموته) ولا يخلفه الوارث كخيار رؤية وتغرير ونقد

وفعل ماذكر فإنه يتم البيع كما يأتى (قوله كما أفاده الخ) أى أفاد الفعل الذى يصح به الفسخ، يعنى أن أمثلة الفسخ بالفعل تستفاد من قوله المذكور وإن لم يكن المذكور من أمثلة الفسخ بل من أمثلة التمام والإجازة. قال فى الفتح: وجميع ماقدمنا أنه إجازة إذا صدر من المشترى من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع اهـ. وقد أفاد الشارح ذلك بقوله الآتى ولو فعل البائع ذلك كان فسخا، والمراد به الإعتاق وما بعده، وحينئذ فليس فى كلامه غلط بل هو من رموزه التى تخفى على المعترضين فافهم (قوله وتم العقد الخ) أى تحصل الإجازة بواحد مما ذكر، وهو كلام موهم، فإن فى بعضها يكون إجازة سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى وهو الموت ومضى المدة، وفى بعضها إذا كان للمشترى وهو الإعتاق وتوابعه، فلو للبائع كان فسخا أفاده فى البحر (قوله بموته) أى موت من له الخيار بائعا كان أو مشتريا، لأن موت غيره لايتم به العقد بل الخيار باق لمن شرط له فإن أمضى العقد مضى وإن فسخه انفسخ كما فى الفتح نهر. وفى جامع الفصولين: لو الخيار لهما فمات أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره. وفيه أيضا: وكيل البيع أو الوصى باع بخيار أو المالك باع بخيار لغيره فمات الوكيل أو الوصى أو الموكل أو الصبى أو من باع بنفسه أو من شرط له الخيار قال محمد: يتم البيع فى كل ذلك لأن لكل منهم حقا فى الخيار والجنون كالموت اهـ وكذا الإغماء، وتمامه فى النهر (قوله ولايخلفه الوارث) لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة، ولا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال هداية (قوله كخيار رؤية) نص على ذلك فى الغرر والوقاية والنقاية ومختصرها والملتقى والإصلاح والبحر والنهر، وكذا فى الهداية والفتح من باب خيار الرؤية، ولم أر من ذكر فيه خلافا، وعليه فما فى فرائض شرح البيرى عن شرح المجمع لابن الضياء من أن الصحيح أن خيار الرؤية يورث فهو غريب ولعل أصل العبارة لايورث تأمل (قوله وتغرير ونقد) لم يذكرهما فى الدرر، بل ذكر المصنف الأول منهما فى المنح بحثا، وذكر الثانى فى النهر بحثا أيضا. ووجه ذلك أن الحقوق المجردة لا تورث، وكأن الوجه لما قوى عند الشارح جزم به. وقد رأيت مسألة النقد فى شرح البيرى عن خزانة الأكمل نص على أنه لو مات قبل نقد الثمن بطل البيع وليس لوارثه نقده. وأما مسألة التغرير فقد وقع فيها اضطراب، فنقل الشارح فى آخر باب المرابحة على المقدسى أنه أفتى بمثل مابحثه المصنف هنا، ذكر أن المصنف ذكر فى شرح منظومته الفقهية أن خيار التغرير يورث كخيار العيب وأن ابن المصنف أيده، وسنذكر إن شاء الله تعالى مافيه هناك، نعم بحث الخير الرملى أيضا فى حاشية البحر أنه يورث قياسا على خيار فوات الوصف المرغوب فيه كشراء عبد على أنه خباز وقال إنه به أشبه لأنه اشتراه بناء على قول البائع فكان شارطا له اقتضاء وصفا مرغوبا فبان بخلافه: وقد اختلف تفقه الشيخ على المقدسى والشيخ محمد الغزى فى هذه المسألة لأنهما لم يرياها منقولة، ومال الشيخ على لما قلته فقال: والذى أميل إليه أنه مثل خيار العيب يعنى فيورث اهـ وبه علم أن مانقله الشارح عن المقدسى مخالف لما نقله عنه الرملى، لكن سيأتى فى المرابحة أنه لو ظهر له خيانة فى المرابحة له رده، ولو هلك المبيع قبل رده أو حدث به ما يمنع من الرد لزمه جميع الثمن وسقط خياره، وعللوه هناك بأنه مجرد خيار لايقابله شىء من الثمن كخيار الرؤية والشرط، بخلاف خيار العيب لأن المستحق فيه جزء فائت فيسقط ما يقابله. وأخذ منه فى البحر هناك أن خيار ظهور الخيانة لا يورث كما سنذكره هناك. ولا يخفى أن التغرير أشبه بظهور الخيانة فى المرابحة فكان إلحاقه به أولى من إلحاقه بالوصف المرغوب، لأن الوصف المرغوب بمنزلة جزء من المبيع فيقابله جزء من الثمن حيث كان الوصف مشروطا، فإذا فات يسقط ما يقابله كخيار العيب، وليس فى التغرير شىء من ذلك بل هو مجرد خيار

لأن الأوصاف لاتورث ، وأما خيار العيب والتعيين وفوات الوصف المرغوب فيه فيخلفه الوارث فيها لا أنه يرث خياره درر فليحفظ (ومضى المـــدة) وإن لم يعلم لمرض أو إغماء (والإعتاق) ولو لبعضه (وتوابعه) وكذا كل تصرف لاينفذ أو لايحل إلا فى الملك كإجارة ولو بلا تسليم فى الأصح ونظر إلى فرج داخل

لايقابله شىء من الثمن مثل خيار الخيانة فى المرابحة ، وبه يعلم أن الأرجح أنه لايورث كما جزم به الشارح ، والله سبحانه أعلم (قوله لأن الأوصاف لا تورث) هذا التعليل إنما يناسب التعبير بأن خيار الشرط ونحوه لا يورث كما وقع فى الدرر والوقاية، والشارح إنما عبر بأنه لايخلفه الوارث لأنه أضبط، لأن مالا يورث قد يخلفه الوارث فيه كخيار العيب ، فكان الأولى التعليل بأن الأوصاف لا تنتقل كما مر عن الهداية أى فإن خيار الشرط مجرد مشيئة وإرادة، وذلك وصف لصاحب الخيار فلا يمكن انتقاله إلى الوارث لا بطريق الإرث ولا بطريق الخلافة ، ومثله خيار الرؤية والتغرير . ولا يخفى أن هذا لايتأتى فى خيار النقد ، لأن نقد الثمن (١) فعل لا وصف ، وهذا يرجح أنه كخيار العيب تأمل .

[تتمة] فى شرح البيرى عن شرح المجمع لابن الضياء : وأجمعوا أن خيار القبول لايورث ، وكذا خيار الإجازة فى بيع الفضولى اه والمراد بخيار القبول خيار المجلس ، وهو أن يقبل فى مجلس العقد بعد إيجاب الموجب (قوله وفوات الوصف المرغوب فيه) هذا غير موجود فى الدرر ، نعم ذكره فى البحر والنهر . ووجهه ظاهر لأنه فى معنى العيب (قوله فيخلفه الوارث فيها الخ) لأن المورث استحق المبيع سليما من العيب فكذا الوارث ، وكذا خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك غيره لا أن يورث الخيار هداية ، ويدل على أن ذلك ليس بطريق الإرث مافى الدرر من أن الوارث يثبت له الخيار فيما تعيب فى يد البائع بعد موت المورث وإن لم يثبت للمورث اه . وفى غاية البيان : والدليل على أن هذا الخيار للوارث غير ما كان للمورث أن المشترى كان له أن يختار أحدهما أو يردهما ، وليس للوارث أن يردهما ، وخيار المشترى كان موقتا وللورثة يثبت غير موقت اه (قوله ومضى المدة) أى مدة الخيار قبل الفسخ أى سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى ، لأنه لم يثبت الخيار إلا فيها فلا بقاء له بعدها بحر (قوله وإن لم يعلم) أى بمضيها (قوله لمرض أو إغماء) مشى على ماهو التحقيق من أن الإغماء والجنون لايسقطان الخيار إنما المسقط له مضى المدة من غير اختيار ، ولذا لو أفاق فيها وفسخ جاز بحر (قوله والإعتاق) ولو بشرط وجد فى المدة بحر (قوله ولو لبعضه) أى لبعض العبد المبيع . قال فى النهر: وقد أغفلوه هنا (قوله وتوابعه) كالكتابة والتدبير (قوله إلا فى الملك) أى ملك المباشر للفعل بطريق الأصالة (قوله كإجارة) تمثيل لقوله لاينفذ إلا فى الملك . قال فى البحر : وأشار بالإعتاق إلى كل تصرف لايفعل إلا فى الملك، كما إذا باعه أو وهبه وسلمه، أو رهن أو أجر وإن لم يسلم على الأصح، أو أبرأه من الثمن أو اشترى به شيئا أو ساومه به، أو حجم العبد أوسقاه دواء أو حلق رأسه أو سقى زرع الأرض أو حصده أو عرض المبيع للبيع أو أسكن فى الدار ولو بلا أجر أو رم منها شيئا أو بنى بناء أو طينه أو هدمه أو حلب البقرة أو شق أوداج الدابة أو بزغها لا لو قص حوافرها أو أخذ من عرفها أو استخدم الخادم مرة أو لبس الثوب مرة أو ركب الدابة مرة أو أمر الأمة بارضاع ولده ، لأنه استخدام والاستخدام ثانيا إجازة إلا إذا كان فى نوع آخر اه ملخصا . وبقى مالو زاد المبيع فى يد المشترى وقدمنا حكمه عند قوله كتعيبه (قوله ونظر إلى فرج الخ) تمثيل لقوله أو لايحل إلا فى الملك . وأورد أن مقتضى الضابط تعميم النظر إلى كل مالايحل .

---

(١) (قوله لأن نقد الثمن الخ) فيه أن الكلام فى الخيار المتعلق به وهو وصف بلا ريب فلا ينتقل اه .

بشهوة ، والقول لمنكر الشهوة فتح . ومفاده أنه لو اشتراها بالخيار على أنها بكر فوطئها ليعلم أهي بكر أم لا كان إجازة ، ولو وجدها ثيبا ولم يلبث فله الرد بهذا العيب نهر ، وسيجيء فى بابه ؛ ولو فعل البائع ذلك كان فسخا (وطلب الشفعة) وإن لم يأخذها معراج (بها) أى بدار فيها خيار الشرط ، بخلاف خيار رؤية وعيب معراج (من المشترى إذا كان الخيار له) لأنه دليل الإجازة .

قلت : وفيه نظر لأن الضابط فى تصرف لا يحل الخ لا فى فعل ، ومطلق النظر وإن كان فعلا لكنه ليس بتصرف إلا إذا كان إلى الفرج الداخل فإنه تصرف حكما بمنزلة الوطء بدليل ثبوت حرمة المصاهرة به فافهم .

قال فى البحر : واعلم أن دواعى الوطء كالوطء ، فإذا اشترى غير زوجته بالخيار فقبلها بشهوة أو لمسها بها أو نظر إلى فرجها بها سقط خياره وحدها انتشار آلته أو زيادته ، وقيل بالقلب وإن لم ينتشر ، فلو بلا شهوة لم يسقط فى الكل اهـ وقيد بغير زوجته ، إذ لو شرى زوجته ووطئها لم يسقط خياره لعدم دلالته على الرضا إلا إذا لقصها كما قدمه الشارح (قوله بشهوة) فلو بغيرها لم يسقط ، لأن ذلك يحل فى غير الملك فى الجملة لأن الطبيب والقابلة يحل لها النظر فتح (قوله والقول لمنكر الشهوة) عبارة الفتح : ولو أنكر الشهوة فى هذه أى فى الدواعى كان القول قوله لأنه ينكر سقوط خياره ، وكذا إذا فعلت الجارية ذلك سقط خياره فى قول أبى حنيفة . وقال محمد : لا يكون فعلها البتة إجازة للبيع والمباضعة ولو مكرها اختيار ، وإنما يلزم سقوط الخيار فى غير المباضعة إذا أقر بشهوتها اهـ . وبه علم أنه فى المباضعة منها أو منه لا يصدق فى عدم الشهوة ، ولذا قال فى البحر : لو ادعى عدم الشهوة فى التقبيل فى الفم لم يقبل أى لأن التقبيل على الفم لا يخلو عن الشهوة عادة فالمباضعة بالأولى (قوله ومفاده) أى مفاد ماذكر من الضابط قال فى النهر بعد قوله كان إجازة لأن هذا الفعل وإن احتيج إليه للامتحان إلا أنه لا يحل فى غير الملك بحال (قوله ولو وجدها ثيبا الخ) أى لو اشتراها على أنها بكر فوطئها فوجدها ثيبا يردها بهذا العيب أى عيب الثيوبة لفوات الوصف المرغوب وهو البكارة ، أما لو لم يشترطها فلا رد أصلا كما سيأتى فى خيار العيب .

ثم اعلم أن التفصيل بين اللبث وعدمه خلاف مايفيده الضابط ، إذ لاشك أن الوطء لا يحل فى غير الملك سواء كانت ثيبا أو بكرا ، فلا فرق فيه بين اللبث وعدمه ، وعبارة النهر لا غبار عليها حيث قال وقد قالوا بأنه لو وجدها ثيبا الخ ، فإن قوله وقد قالوا استدراك على ماذكره من المفاد أى ماقالوه من التفصيل خلاف هذا المفاد ، وما استدرك به ذكره فى القنية ثم رمز بعده وقال والوطء يمنع الرد وهو المذهب اهـ : وبه علم أن مفاد الضابط هو المذهب فلا وجه للاستدراك عليه ، على أن هذا الضابط إنما هو فى خيار الشرط ، وهذه المسألة من مسائل خيار العيب (قوله وسيجيء فى بابه) أى فى باب خيار العيب . والذى سيجيء حكاية أقوال فى المسألة ، وقد علمت ماهو المذهب وعليه مشى المصنف هناك فافهم (قوله ولو فعل البائع ذلك) أى التصرف الذى لا ينفذ أو لا يحل إلا فى الملك وكان الخيار له ط (قوله وطلب الشفعة بها) صورته أن يشترى دارا بشرط الخيار له ثم تباع دار بجوارها فيطلب الشفعة بسبب الدار التى اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع (قوله بخلاف خيار رؤية وعيب) فإنه إذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة فله أن يرد الدار بخيار الرؤية درر ، وكذا بخيار العيب (قوله من المشترى) متعلق بطلب أو به وبالإعتاق (قوله إذا كان الخيار له) ظاهره أنه لو كان للبائع (١) . يبقى خياره بعد طلب الشفعة

---

(١) (قوله ظاهره أنه لو كان للبائع الخ) فيه أن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الملاك بجار السوء على الدوام فطلب الشفعة من البائع يكون دليل الاستبقاء ، إذ لولا إرادة استدامة ملكه ماطلب الشفعة . ولا يقال إنه أراد بطلب الشفعة دفع الضرر فى مدة الخيار لأنها لقصرها لم يتحقق فيها الضرر ، خصوصا وقد قالوا فى تعليلهم لدفع ضرر الملاك على الدوام . ومما يفيد أن طلب البائع الشفعة فسخ قولهم كلما كان إجازة إذا فعله المشترى يكون فسخا إذا فعله البائع فتأمل وأنصف اهـ .

(ولو شرط المشترى) أو البائع كما يفيده كلام الدرر ، وبه جزم البهنسى (الخيار لغيره) عاقدا كان أو غيره بهنسى (صح) استحسانا وثبت الخيار لهما (فإن أجاز أحدهما) من النائب والمستنيب (أو نقض صح) إن وافقه الآخر (وإن أجاز أحدهما وعكس الآخر فالأسبق أولى) لعدم المزاحم (ولو كانا معا فالفسخ أحق) فى الأصح زيلعى ، لأن المجاز يفسخ والمفسوخ لايجاز . واعترض بأنه يجاز لما فى المبسوط (لو) تفاسخا ثم (تراضيا على) فسخ الفسخ وعلى (إعادة العقد بينهما جاز) إذ فسخ الفسخ إجازة . وأجيب بمنع كونه إجازة بل بيع ابتداء . (باع عبدين على أنه بالخيار فى أحدهما ، إن فصل ثمن كل) واحد منهما (وعين) الذى فيه الخيار

لأن ملكه باق بخياره ، بخلاف المشترى لأنه لاملك له مع خياره فطلبه الشفعة دليل التملك ، لأنهم عللوا المسألة بأنه لايكون إلا بالملك فكان دليل الإجازة فتضمن سقوط الخيار اه فافهم (قوله أو البائع الخ) هو مذكور فى غاية البيان عن الجامع الصغير . وعبارته : اعلم أن أحد العاقدين إذا اشترط الخيار لغيرهما كان البيع جائزا بهذا الشرط اه وصرح به منلا مسكين عن السراجية والكافى وقال إن التقييد بالمشترى اتفاقى ، ونقله الحموى عن المفتاح ويأتى قريبا عن البحر (قوله الخيار)أى خيار الشرط ، لأن خيار العيب والرؤية لايثبت لغير العاقدين بحر عن المعراج (قوله عاقدا كان أو غيره) تعميم للغير ، لكن قال ح الأولى أن يراد بالغير الأجنبى لأن مسألة ماإذا جعل المشترى الخيار للبائع أو العكس قد ذكرت أول الباب فى قوله ولأحدهما أيضا فما إذا جعل المشترى الخيار للبائع لايكون الخيار لهما بل للبائع فقط ، وفى العكس يكون الخيار للمشترى فقط فكيف يصح قوله فإن أجاز أحدهما الخ ؟ ولذلك قال فى البحر: ولو قال المصنف ولو شرط أحد المتعاقدين الخيار لأجنبى صح لكان أولى ليشمل ماإذا كان الشارط البائع أو المشترى وليخرج اشتراط أحدهما للآخر ، فإن قوله لغيره صادق بالبائع وليس بمراد ، ولذا قال فى المعراج والمراد من الغير هنا غير العاقدين ليتأتى فيه خلاف زفر اه .

قلت : ومثله فى الفتح وبه زال تردد صاحب النهر حيث قال ولم أر مالو اشترطه المشترى للبائع هل يكون نائبه عنه أيضا ؟ محل تردد فتدبره اه (قوله صح استحسانا) والقياس أن لايصح وهو قول زفر (قوله إن وافقه الآخر) قيد به لأنه محل الصحة على الإطلاق ، وهو مفاد التفصيل الذى بعده (قوله لعدم المزاحم) لأن الأسبق ثبت حكمه قبل المتأخر فلم يعارضه وإن كان المتأخر أقوى فالفسخ (قوله ولو كانا معا) بأن خرج الكلامان معا كما فى السراج وهذا قد يتعسر . والظاهر أنه يكفى عدم العلم بالسابق منهما نهر (قوله فى الأصح) صححه قاضيخان معزيا للمبسوط وفى رواية ترجيح تصرف العاقدين لقوته ، لأن النائب يستفيد الولاية منه ، وقيل هو قول محمد ، وما فى الكتاب قول أبى يوسف بحر (قوله والمفسوخ لايجاز) أى فصار الفسخ أقوى لكونه لاينقض بالإجازة فلذا كان أحق (قوله بل بيع ابتداء) وعليه فقوله وإعادة العقد بمعنى عقده ثانيا بالإيجاب والقبول ، أو بالتعاطى أفاده ط (قوله باع عبدين الخ) أراد بهما القيميين احترازا عن قيمى أو مثليين ، إذ فى القيمى الواحد إذا شرط الخيار فى نصفه يصح مطلقا ، وفى المثليين كذلك لعدم التفاوت بحر عن الزيلعى . وفى النهر : الظاهر أن القيميين ليسا بقيد ، إذ لو كانا مثليين أو أحدهما مثليا والآخر قيميا وفصل وعين فالحكم كذلك فيما ينبغى اه .

قلت : هذا لايرد ماقبله من كونه قيد احترازيا إذ المراد الاحتراز عما عدا القيميين لصحته مع التفصيل والتعيين وبدونهما ، ولذا قال يصح مطلقا لأنه فى القيميين لايصح بدونهما ، فعلم أنه مع التفصيل والتعيين يصح فى القيميين وغيرهما فتدبر ، نعم ينبغى تقييد المثليين بما إذا كانا من جنس واحد ، إذ لو تفاوتا كبر وشعير صارا كالقيميين فى اشتراط التفصيل والتعيين ليقع العلم بالمبيع والثمن تأمل (قوله على أنه بالخيار) أى ثلاثة أيام كما فى الهداية (قوله إن فصل الخ)

(صح البيع) للعلم بالمبيع والثمن (وإلا) يعين ولا يفصل أو عين فقط أو فصل فقط (لا) يصح لجهالة المبيع والثمن أو أحدهما (وكذا لو كان الخيار للمشترى) تتأتى أيضا الأنواع الأربع :

[فرع] وكله ببيع بشرط الخيار فباع بلا شرط لم يجز ، ولو وكله بالشراء والحالة هذه نفذ على الوكيل والفرق أن الشراء متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المأمور ، بخلاف البيع فتح ، وسيجىء فى الفضولى والوكالة فليحفظ (وصح خيار التعيين) فى القيميات لا فى المثليات بعدم تفاوتها ولو للبائع فى الأصح كافى ،

كقوله بعتك هذين العبدين كل واحد بخمسمائة على أنى بالخيار فى هذا ثلاثة أيام (قوله وإلا يعين ولا يفصل) كقوله بعتك هذين بألف على أنى بالخيار فى أحدهما (قوله أو عين فقط) أى عين من فيه الخيار فقط أى ولم يفصل الثمن كقوله بعتك هذين بألف على أنى بالخيار فى هذا (قوله أو فصل فقط) كقوله بعتك هذين بألف كل واحد بخمسمائة على أنى بالخيار (قوله لجهالة المبيع والثمن) أى فيما إذا لم يعين ولم يفصل ، لأن الذى فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه فى حق الحكم فكأنه خارج عن البيع والبيع إنما هو فى الآخر ، وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لأن الثمن لا ينقسم فى مثله على المبيع بالأجزاء كذا فى الفتح (قوله أو أحدهما) أى الثمن فيما إذا عين ولم يفصل أو المبيع فيما إذا فصل ولم يعين (قوله الأنواع الأربع) أى الصور ط (قوله لم يجز) لأنه أمره ببيع لا يزيل الملك بدون رضاه وقد خالف ط :

مطلب فى خيار التعيين

(قوله وصح خيار التعيين) أى بأن يقع البيع على واحد لا بعينه ، بخلاف المسألة السابقة فليست من خيار التعيين لوقوع البيع فيها على العبدين . وأما قول الهداية هنا ومن اشترى ثوبين فالمراد أحد ثوبين ، كما نبه عليه فى العناية وغيرها . وفى الفتح المراد أن يشترى أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيهما شاء على أنه بالخيار ثلاثة أيام (١) . فيما يعينه بعد تعيينه المبيع ، أما إذا قال بعتك عبدا من هذين بمائة ولم يذكر قوله على أنك بالخيار فى أيهما شئت لا يجوز اتفاقا كقوله بعتك عبدا من عبيدى ، وإن اشترى أحد أربعة لا يجوز اه :

وقد استفيد من هذه العبارة أمور الأول أن خيار التعيين إنما يكون البيع فيه على واحد من اثنين أو ثلاثة لا بعينه وهو ما قلناه . الثانى أنه لا يكون فى واحد من أربعة كما يأتى : الثالث أنه لا بد أن يقول بعد قوله بعتك أحد هذين العبدين على أنك بالخيار فى أيهما شئت ، أو على أن تأخذ أيهما شئت ليكون نصا فى خيار التعيين : وقال فى البحر لأنه لو لم يذكر هذه الزيادة يكون فاسدا لجهالة المبيع ، فإن قبضهما وماتا عنده ضمن نصف قيمة كل واحد منهما ، وإن مات أحدهما قبل الآخر لزمه قيمة الآخر (٢) كذا فى المحيط اه : الرابع أنه لا بد أيضا من ذكر خيار الشرط ، بأن يقول على أنك بالخيار ثلاثة أيام أى إذا عين واحدا منهما بحكم خيار التعيين يكون له فيه خيار الشرط ، وهذا الرابع فيه خلاف يأتى (قوله لا فى المثليات) أى التى من جنس واحد بحر (قوله ولو للبائع) صورته أن يقول المشترى اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطينى أحدهما نهر فله أن يلزم المشترى أيهما

---

(١) (قوله على أنه بالخيار ثلاثة أيام الخ) ظاهره أنه لو عين بعد ثلاثة أيام من وقت العقد يكون له خيار الشرط ثلاثة من وقت التعيين أيضا لكن سيأتى للمحشى عند قول المصنف ولا يشترط فيه خيار الشرط ما يفيد أن ابتداء مدة خيار الشرط من وقت البيع ، فإنه قال : ولو مضت الثلاثة قبل رد شىء وتعيينه بطل خيار الشرط ولزم البيع فى واحد ، وحينئذ يقدر مضاف قبل ثلاث هو تمام ، ويكون المعنى على أنه بالخيار تمام ثلاثة أيام اه .

(٢) (قوله لزمه قيمة الآخر) صوابه قيمة الأول لما مر ويأتى من أنه إذا هلك أحدهما تعين مبيعا اه

لأنه قد يرث قيميا ويقبضه وكيله ولايعرفه فيبيعه بهذا الشرط فمست الحاجة إليه نهر (فيما دون الأربعة) لاندفاع الحاجة بالثلاثة لوجود جيد ورديء ووسط ومدته كخيار الشرط ، ولا يشترط معه خيار شرط فى الأصح فتح (ولو اشتريا) شيئا على أنهما

شاء إلا إذا تعيب أحدهما فليس له أن يلزمه المعيب إلا برضاه ، فإذا ألزمه إياه ولم يرض به ليس له أن يلزمه الآخر بعد ذلك ، ولو هلك أحدهما فى يده كان له أن يلزمه الباقى ، وأما إذا كان الخيار للمشترى فالمبيع لازم فى أحدهما إلا أن يكون معه خيار شرط والمبيع مضمون بالثمن وغيره أمانة ، فإذا هلك أحدهما تعين هو مبيعا والآخر أمانة ، ولو هلكا معا ضمن نصف كل ، ولو اختلفا فى الهالك أولا فالقول للمشترى بيمينه وبينة البائع أولى ولو تعيبا معه فالخيار بحاله ، ولو متعاقبا تعين الأول مبيعا ، ولو باعهما المشترى ثم اختار أحدهما صح بيعه فيه ، وتمامه فى البحر (قوله لأنه قد يرث الخ) جواب من صاحب البحر عما أورده فى الفتح من أن جواز خيار التعيين للحاجة إلى اختيار ماهو الأوفق والأرفق . فيختص بالمشترى ، لأن المبيع كان مع البائع قبل البيع وهو أدرى بما لاءمه منه ا هـ . واعترض الحموى الجواب بأن ما ذكر من صورة الإرث صورة نادرة والأحكام لاتناط بنادر .

قلت : وقد يجاب أيضا بأن الإنسان مادام المبيع فى ملكه لايتأمل فيما يلائمه وإنما يحتاج إلى التأمل بعد البيع وأيضا كثيرا مايحتاج إلى رأى غيره فافهم (قوله ومدته كخيار الشرط) أى ثلاثة أيام ، ظاهر كلام البحر أن هذا مبنى على القول بأنه يشترط معه خيار الشرط ، فقد ذكر فى البحر أن شمس الأئمة صحح الاشتراط وفخر الإسلام صحح عدمه ورجحه فى الفتح ، لكن ذكر قاضيخان أن الاشتراط قول الأكثر ثم قال البحر : وإذا لم يذكر خيار الشرط على هذا القول فلا بد من تأقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبأى مدة معلومة كانت عندهما ، كذا فى الهداية اهـ لكن قوله على هذا القول ليس فى الهداية ، والمتبادر من كلام الهداية أن اشتراط التوقيت مبنى على ماصححه فخر الإسلام ، ويأتى عن الفتح مايدل عليه .

ثم اعلم أن اشتراط التوقيت نازع فيه الزيلعى فقال : إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضى المدة ، وفى خيار التعيين لايمكن ذلك لأنه لازم فى أحدهما قبل مضى الوقت ، ولا يمكن تعينه بمضى الوقت بدون تعينه فلا فائدة لشرط ذلك . والذى يغلب على الظن أن التوقيت لايشترط فيه ا هـ . وأجاب فى الحواشى السعدية بأن له فائدة هى أن يجبر على التعيين بعد مضى الأيام الثلاثة وأقره فى النهر ، وهو معنى قوله فى الشرنبلالية ، بل له فائدة هى دفع ضرر البائع لما يلحقه من مطل المشترى التعيين إذا لم يشترط فيفوت على البائع نفعه وتصرفه فيما يملكه ا هـ . وأبدى فى البحر فائدة أخرى وهى أنه يمكن ارتفاع العقد فيهما أى فى الثوبين مثلا بمضى المدة من غير تعيين ، بخلاف مضيها فى خيار الشرط فإنه إجازة ليكون لكل خيار مايناسبه ا هـ .

قلت : لكنه يستند إلى نقل فى ذلك ، ولو كان كذلك لما خفى على الزيلعى (قوله ولا يشترط معه خيار شرط فى الأصح) غير أنهما إن تراضيا على خيار الشرط فيه ثبت حكمه وهو جواز رد كل من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذى فيه البيع ، ولو رد أحدهما كان بحكم خيار التعيين ، ويثبت البيع فى الآخر بخيار الشرط ، ولو مضت الثلاثة قبل رد شىء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع فى أحدهما وعليه أن يعين ، ولو مات المشترى قبل الثلاثة ثم بيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لأن خيار الشرط لايورث والتعيين ينتقل إلى الوارث ليميز ملكه عن ملك غيره على ماذكرنا ، وإن لم يتراضيا على خيار الشرط معه لابد من توقيت خيار التعيين

(بالخيار فرضى أحدهما) بالبيع صريحا أو دلالة (لايرده الآخر) بل بطل خياره خلافا لهما (وكذا) الخلاف فى خيار (الرؤية والعيب) فليس لأحدهما الرد بعد الرؤية : أى بعد رؤية الآخر أو رضاه بالعيب خلافا لهما ، لضرر البائع بعيب الشركة (كما يلزم البيع لو اشترى رجل عبدا من رجلين صفقة) واحدة (على أن الخيار لهما) للبائعين (فرضى أحدهما دون الآخر) فليس لأحدهما الانفراد إجازة أو ردا خلافا لهما مجمع (اشترى عبدا بشرط خبزه أو كتبه) أى حرفته كذلك (فظهر بخلافه) بأن لم يوجد معه أدنى ماينطلق عليه اسم الكتابة أو الخبز (أخذه بكل الثمن) إن شاء (أو تركه) لفوات الوصف المرغوب فيه ؛ ولو ادعى المشترى أنه ليس كذلك لم يجبر على القبض حتى يعلم ذلك وكذا سائر الحرف اختيار ، ولو امتنع الرد بسبب ماقوم كاتبا وغير كاتب

بالثلاثة عند أبى حنيفة فتح وتمامه فيه ، وقوله وإن لم يتراضيا الخ معطوف على قوله إن تراضيا ، وظاهره أن اشتراط توقيت خيار التعيين مبنى على القول بأنه لايشترط أن يكون مع خيار التعيين خيار الشرط لاعلى القول بالاشتراط ، خلافا لما يفيده كلام البحر المار وهو ظاهر ، لأن خيار الشرط موقت فلا حاجة إلى توقيت التعيين أيضا (قوله فرضى أحدهما) قال فى البحر : ذكر الرضا إذ لو رد أحدهما لايجيزه الآخر ولم أره صريحا ، ولكن قولهم لو رده أحدهما لرده معيبا يدل عليه اهـ (قوله أو دلالة) كبيع وإعتاق (قوله بعد رؤية الآخر) أى ورضاه به ، لأن مجرد الرؤية لايوجب تمام البيع ط (قوله لضرر البائع الخ) علة لعدم الرد فى المسائل الثلاث ووجه كون الشركة عيبا أنه صار لايقدر على الانتفاع به إلا بطريق المهايأة وتمامه فى الفتح (قوله صفقة واحدة) قيد به ، إذ لوكان العقد صفقتين فلكل الرد والإجازة مخالفا للآخر لرضا المشترى بعيب الشركة كما لايخفى ط (قوله للبائعين) بدل من قوله لهما (قوله فليس لأحدهما الانفراد إجازة) أى بعد مارد الآخر ، وقوله أوردا أى ليس لأحدهما الانفراد ردا بعد ماأجازه الآخر اهـ ح . ثم لايخفى أن التفريع غير ظاهر ، فكان الأولى أن يقول ولو رد أحدهما فى المسئلتين لايجيزه الآخر فليس لأحدهما الخ ، وهذا ذكره فى البحر بقوله او باعا ليس لأحدهما الانفراد إجازة أوردا لما فى الخانية : اشترى عبدا من رجلين صفقة واحدة على أن البائعين بالخيار فرضى أحدهما بالبيع ولم يرض الآخر لزمهما البيع فى قول أبى حنيفة اهـ : وأنت خبير بأن مافى الخانية لايدل على قوله أو ردا فالظاهر أنه بحث منه كما بحث مثله فى المسئلة السابقة (قوله مجمع) لم أره فيه ، نعم قال فى شرحه لابن ملك قيد بالمشترين لأن البائع او اثنين والمشترى واحدا وفى البيع خيار شرط أو عيب فرد المشترى نصيب أحدهما دون الآخر بحكم الخيار جاز اتفاقا كذا فى جامع المحبوبى اهـ . ومثله فى شرح المنظومة وغرر الأذكار . ولا يخفى أن هذه المسألة غير مافى المتن ، لأن هذه فى رد المشترى وتلك فى رضا أحد البائعين ، وهذه وفاقية وتلك خلافية كما مر عن الخانية (قوله بشرط خبزه) أى صريحا أو دلالة كما يأتى بيانه ، وسيأتى آخر الباب بيان الوصف الذى يصح شرطه وما لايصح (قوله أى حرفته كذلك) لأنه لو فعل هذا الفعل أحيانا لايسمى خبازا بحر عن المعراج (قوله بأن لم يوجد الخ) أى ليس المراد النهاية فى الجودة ، بل أدنى الاسم بأن يفعل من ذلك مايسمى به الفاعل خبازا أو كاتبا لأن كل واحد لايعجز فى العادة عن أن يكتب على وجه تتبين حروفه وأن يخبز مقدار مايدفع الهلاك عن نفسه ، وبذلك لايسمى خبازا ولا كاتبا بحر عن الذخيرة : وبه ظهر أن المناسب إبدال قول الشارح اسم الكاتب والخباز ، ولذا قال فى الفتح أعنى الاسم المشعر بالحرفة (قوله أخذه بكل الثمن) لأن الأوصاف لايقابلها شىء من الثمن مالم تكن مقصودة درمنتقى ، وقصد الوصف بإفراده بذكر الثمن كما مر فيما لو باع المذروع كل ذراع بكذا (قوله لم يجبر على القبض) لأن الاختلاف وقع فى وصف عارض والأصل فيه العدم ، والقول قول من يدعى

ورجع بالتفاوت فى الأصح (بخلاف شرائه شاة على أنها حامل أو تحلب كذا رطلا) أو يخبز كذا صاعا أو يكتب كذا قدرا فسد لأنه شرط فاسد لاوصف ، حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون جاز لأنه وصف (القول للمنكر) لو اختلفا (فى) شرط (الخيار) على الظاهر (كما فى دعوى الأجل والمضى) والإجازة والزيادة (اشترى جارية بالخيار فرد غيرها) بدلها

الأصل ، والقول للبائع فى أنها بكر لأنها صفة أصلية والوجود فيها أصل ، وتمامه فى البحر (قوله ورجع بالتفاوت) فإن كان بقدر العشر رجع بعشر الثمن بحر عن الذخيرة . قال ط : أى يعتبر التفاوت من الثمن فإن هذا البيع صحيح لانظر فيه للقيمة (قوله فى الأصح) وهوظاهر الرواية ، وفى رواية لارجوع بشىء بحر (قوله شاة على أنهاحامل) قيد بالشاة لأن اشتراط الحمل فى الأمة فيه تفصيل سيذكره الشارح في الفروع الآتية (قوله قدرا) بفتح القاف أى يكتب مقدار كذا من الورق أو من الأسطر مثلا (قوله فسد) أى البيع (قوله لأنه شرط فاسد) لأنه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها فتح : أى لأن مافى البطن والضرع لاتعلم حقيقته (قوله جاز) أى على رواية الطحاوى ويفسد على رواية الكرخى شرنبلالية ، وجزم بالأول فى الفتح والدرر (قوله لأنه وصف) الأولى أن يزيد مرغوب لأنه ليس كل وصف يصح اشتراطه كما سيذكره فى الضابط آخر الباب :

مطلب فيما لو اختلفا فى الخيار أو فى مضيه أو فى الأجل أو فى الإجازة أو فى تعيين المبيع

(قوله والقول للمنكر الخ) لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط فكان من العوارض فيكون القول لمن ينفيه كما فى دعوى الأجل درر (قوله والمضى) أى إذا اختلفا فى مضى المدة فالقول لمنكره لأنهما تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى أحدهما السقوط بمضى المدة فالقول للمنكر درر (قوله والإجازة) أى إجازة البيع ممن له الخيار ، كما إذا ادعى البائع على المشترى بالخيار أنه أجاز البيع وأنكر المشترى فالقول قوله ، لأن البائع يدعى سقوط الخيار ووجوب الثمن وهو ينكر ط (قوله والزيادة) أى إذا اختلفا فى قدر الأجل فالقول لمن يدعى أخصر الوقتين ، لأن الآخر يدعى زيادة شرط عليه وهو ينكر درر ، وتقدم أول البيوع عند قوله وصح بثمن حالّ ومؤجل أنه لو اختلفا فى الأجل أى فى أصله فالقول لنافيه إلا فى السلم ، وسيأتى فى باب خيار العيب ما لو اختلفا بعد التقابض فى عدد المبيع أو عدد المقبوض فالقول للمشترى ، لأن القول للقابض مطلقا قدرا أو صفة أو تعيينا ، فلو جاء ليرده بخيار شرط أو رؤية فقال البائع ليس هو المبيع فالقول للمشترى فى تعيينه ولو بخيار عيب فللبائع الخ وسيأتى الكلام عليه هناك ، وكذا فى آخر خيار الرؤية . وبقى ما إذا اختلفا فى تعيين المبيع الذى فيه خيار الشرط عند إجازة من له الخيار العقد ، وقد ذكره فى البحر فى آخر باب خيار الرؤية عن الظهيرية ثم قال : والحاصل أن السلعة لو مقبوضة فالقول للمشترى سواء كان الخيار له أو للبائع وإلا فلو الخيار للمشترى فالقول للبائع وعكسه فالقول للمشترى .

مطلب اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا

[تنبيه] اشترى جارية على أنها بكر ثم اختلفا قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال والمشترى ثيب ، فإن القاضى يريها النساء ، فإن قلن بكر لزم المشترى بلا يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت هنا بأن الأصل البكارة وإن قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لأنه حق قوى وشهادتهن ضعيفة لم تتأيد بمؤيد ، لكن يثبت حق الخصومة

(قائلا بأنها المشتراة فقال البائع ليست هى) ولا بينة له (فالقول للمشترى) بيمينه (وجاز للبائع وطؤها) درر وانعقد بيعا بالتعاطى فتح وكذا الرد فى الوديعة فليحفظ :

(ولو قال البائع للمشترى عند رده كان يحسن ذلك لكنه نسى عندك فالقول للمشترى) لأن الأصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر شاهدا له (ولو اشتراه من غير اشتراط كتبه وخبزه وكان يحسن ذلك فنسيه فى يد البائع رد إليه) لتغير المبيع قبل قبضه زيلعى : قال : ولو اختار أخذه أخذه بكل الثمن ، لما مر أن الأوصاف لايقابلها شىء من الثمن :

[فروع] باع داره بما فيها من الجذوع والأبواب والخشب والنخل ، فإذا ليس فيها شىء من ذلك لاخيار للمشترى :

لتتوجه اليمين على البائع ، فيحلف بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهى بكر ، فإن نكل ردت عليه وإلا لزم المشترى وعنهما فى رواية أنها ترد بشهادتهن قبل القبض بلا يمين البائع ، ولو قال سلمتها إليك وهى بكر وزالت فى يدك فالقول قوله لأن الأصل البكارة ، ولايريها القاضى النساء لأن البائع مقر بزوال البكارة فتح ملخصا ؛ وسنذكر لهذا مزيد تحقيق وبيان فى خيار العيب عند قول الشارح واعلم أن العيوب أنواع ، وهذا إذا علم أنها ثيب بغير الوطء، فلو به فلا يردها بل يرجع بالنقصان كما سيأتى هناك عند قول المصنف اشترى جارية الخ (قوله قائلا بأنها) ضمن قائلا معنى ادعى فعداه بالباء (قوله وجاز للبائع وطؤها) لأن المشترى لما ردها رضى بتمليكها من البائع بذلك الثمن فكان للبائع أن يتملكها درر ، وعلى هذا القياس القصار إذا رد الثوب الآخر على رب الثوب وكذا الإسكافى تتارخانية :

قلت : وهذا إذا لم يعلم أن الثوب المردود ثوب غير القصار (قوله وانعقد بيعا بالتعاطى) أفاد ذلك وجوب الاستبراء على البائع ط (قوله ولو قال البائع للمشترى عند رده) هذه المسألة مؤخرة عن موضعها اهـ ح (قوله لكنه نسى عندك) أى وقد ينسى فى تلك المدة بحر وهذا القيد هو محل التوهم ، إذ لو قصرت المدة فكذلك بالأولى (قوله لتغير المبيع قبل قبضه) هذا التعليل يناسب مالو نسى بعد العقد ، أما لو قبله فالعلة كون الوصف مشروطا دلالة :

قال فى البحر : واعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحا أو دلالة ، لما فى البدائع فى خيار العيب والجهل بالطبخ والخبز فى الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياطة إلا أن يكون ذلك شرطا فى العقد وإن لم يكن مشروطا وكانت تحسن الطبخ والخبز فى يد البائع ثم نسيت فى يده فاشتراها له ردها لأن الظاهر أنه إنما اشتراها رغبة فى تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصا اهـ . والظاهر أن هذا إذا كان المشترى عالما بتلك الصفة ، لكن يشكل على هذا مافى الحاوى الزاهدى : لو قال أشترى منك هذه البقرة على أنها ذات لبن وقال البائع أنا أبيعها كذلك ثم باشر العقد مرسلا من غير شرط ثم وجدها بخلاف ذلك ليس له الرد اهـ فإن هذا صريح فى أنه لابد من ذكر الشرط فى صلب العقد ولا تكفى الدلالة ولعله قول آخر تأمل (قوله أن الأوصاف لايقابلها شىء من الثمن) لاينافيه ماتقدم من الرجوع بالتفاوت عند التقويم لأن ذلك فيما إذا امتنع الرد اهـ ح أى لدفع ضرر المشترى فهو ضرورى (قوله لاخيار للمشترى) أى خيار فوات الوصف المرغوب ، لأن قوله بما فيها لم يذكر على وجه الشرط وهذا لاينافى ثبوت خيار الرؤية وثبوت خيار التغرير تأمل : ثم رأيت بعض المحشين نقل عن المحيط أن وجه عدم الخيار أنه لم يشترط هذه الأشياء فى البيع ولم يجعلها صفة للمبيع بل أخبر عن وجودها فيه وانعدام ماليس بمشروط فى البيع

شرى دارا على أن بناءها بالآجر فإذا هو بلبن أو أرضا على أن شجرها كلها مثمر فإذا واحدة منها لاتثمر أو ثوبا على أنه مصبوغ بعصفر فإذا هو بزعفران فسد ، ولو على أنها بغلة مثلا فإذا هو بغل جاز وخير ، وبعكسه جاز بلا خيار ، لكونه على صفة خير من المشروط مجتبى فليحفظ الضابط .

ولاصفة للمبيع لايوجب الخيار ؛أما قوله بأجذاعها وأبوابها فله الخيار لأنه جعلها صفة للدار فالبيع يتناول الموصوف بصفته فإذا لم يجده بتلك الصفة فله الخيار اه .

وأفاد أنه لو ذكر على وجه الشرط يثبت له الخيار الآخر أيضا ، لما فى جامع الفصولين : باع أرضا على أن فيه نخيلا أو دارا على أن فيه بيوتا ولم يكن فإنه يجوز العقد ويخير المشترى أخذه بكل الثمن أو ترك . والأصل فيه أن ما يدخل فى العقد بلا شرط إذا شرط وعدم فإن العقد يجوز ، وما لايدخل بلا شرط إذا شرط ولم يوجد لم يجز اه فافهم (قوله شرى دارا الخ) قال فى الفتح : واعلم أنه إذا شرط فى المبيع مايجوز اشتراطه ووجده بخلافه ، فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشترى الخيار ، وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشترى ، وهو ما إذا وجده خيرا مما شرطه . وضابطه إن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب أجناس أعنى الهروى والإسكندرى والكتان والقطن والذكر مع الأنثى فى بنى آدم جنسان وفى سائر الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت فى الأغراض وعدمه اه أى ضابط اختلاف الجنس وعدمه فحش التفاوت فى المقاصد وعدمه (قوله فسد) أى لفحش التفاوت فيكون اختلف الجنس ، وعند اختلاف الجنس لايعتبر كونه خيرا مما شرطه كالمصبوغ بزعفران ، ولذا ذكر فى الفتح من أمثلة الفاسد : لو اشترى دارا على أن لابناء ولا نخل فيها فإذا فيها بناء أو نخل أو على أنه عبد فإذا هو جارية فافهم ، نعم علل فى البزازية الفساد فى اشتراط أن لابناء فيها بأنه يحتاج إلى النقض ويشكل مسألة الشجرة التى لا تثمر فإنه لايظهر اختلاف الجنس فيها فالظاهر ما فى البزازية باع أرضا على أن فيها كذا شجرا مثمرا بثمرها فوجد فيها نخلة لاتثمر فسد ، لأن الثمرة لها قسط من الثمن بالذكر وسقط حصة المعدوم ولا يعلم كم الباقى من الثمن فأشبه شراء شاة مذبوحة فإذا فخذها مقطوعة اه تأمل (قوله جاز وخير) أى لاتحاد الجنس لكون الذكر والأنثى فى غير الآدمى جنسا واحدا ، وإنما خير لكون الأنثى فى الحيوانات خيرا من الذكر فقد فات الوصف المرغوب فيخير . قال فى الفتح : وكذا على أنه ناقة فكان جملا ، أو لحم معز فكان لحم ضأن ، أو على عكسه فله الخيار اه أى لأن ذلك جنس واحد ولذا لم يفرق بينهما فى الزكاة (قوله وبعكسه) بأن اشترى على أنه بغل فإذا هو بغلة ، وكذا على أنه حمار أو بعير فإذا هو أتان أو ناقة أو جارية على أنها رتقاء أو حبلى أو ثيب فإذا هو بخلافه جاز ولا خيار له لأنه صفة أفضل من المشروطة ، وينبغى فى مسألة البعير والناقة أن يكون فى العرب وأهل البوادى الذين يطلبون الدر والنسل ، أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل فتح وذكر فى باب البيع الفاسد أن صاحب الهداية ذكر أنه لو باع عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب خير مع أن صناعة الكتابة أشرف عند الناس ، وكان صاحب الهداية من المشايخ الذين لايفرقون بين كون الصفة التى ظهرت أشرف أولا . وذهب آخرون إلى أن الخيار فيما إذا كان الموجود أنقص وصحح الأول لفوات غرض المشترى ، بخلاف ما إذا اشترى عبدا على أنه كافر فإذا هو مسلم فلا خيار له ، لأن الاستخدام لايتفاوت بين مسلم وكافر ، بخلاف تعيين الخبز أو الكتابة فإنه يفيد أن حاجته هذا الوصف اه ملخصا . ومفاده تصحيح ثبوت الخيار وإن ظهر الوصف أفضل من المشروط إلا إذا لم يحصل التفاوت بين الوصفين فى الغرض المقصود للمشترى كالعبد المسلم والكافر (قوله فليحفظ الضابط) هو ما قدمناه أولا عن الفتح .

مطلب البيع لايبطل بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا

(قوله البيع لايبطل بالشرط فى اثنين وثلاثين موضعا) هى شرط رهن معلوم بإشارة أو تسمية ، فإن أعطاه الرهن فى المجلس جاز استحسانا وشرط كفيل حاضر أو غائب وحضر قبل الافتراق وكفل ؛ فلو غائبا وكفل حين علم فسد وشرط إحالة المشترى للبائع على غيره بالثمن استحسانا وفسد لو على أن يحيل البائع بالثمن على المشترى ، وشرط إشهاد على البيع ، وشرط خيار الشرط إلى ثلاثة أيام ، وشرط نقد ، على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ، وشرط تأجيل الثمن إلى أجل معلوم ، وشرط البراءة من العيوب ويبرأ البائع من كل عيب وشرط قطع الثمار المبيعة أى على المشترى فإنه يقتضيه العقد تفريغا لملك البائع عن ملكه ، وشرط تركها على النخيل بعد إدراكها على المفتى به ، وشرط وصف مرغوب فيه كمامر ، وشرط عدم تسليم المبيع حتى يسلم الثمن ، وشرط رده بعيب وجد فيه ، وشرط كون الطريق لغير المشترى ، وشرط عدم خروج المبيع عن ملكه فى غير الآدمى . أما لو اشترى عبدا على أن لايبيعه أولا يخرجه عن ملكه فسد ، وشرط إطعام المشترى المبيع إلا إذا عين مايطعم الآدمى كأن شرط أن يطعم العبد المبيع خبيصا فيفسد ، وشرط حمل الجارية على التفصيل الذى ذكره الشارح بعد ، وشرط كونها مغنية لأنه عيب شرعا فيكون براءة من العيب فإن لم يجدها مغنية فلاخيار له لأنه وجدها سالمة من العيب ، وإن شرط المشترى ذلك على وجه الرغبة فسد البيع لشرطه ماهو محرم . ونظيره مافى البزازية : لو شراه على أنه فحل فإذا هو خصى له الرد؛ ولو عكس قال الإمام الخصاء فى العبد عيب ، فإذا بان فحلا صار كأنه شرط العيب فبان سليما وقال الثانى الخصى أفضل لرغبة الناس فيه فيخير اهـ . وجزم فى الفتح بقول الثانى ، ومقتضاه جريان ذلك فى الأمة المغنية ، وشرط كون البقرة حلوبا ، وشرط كون الفرس هملاجا بكسر الهاء : أى سهل السير بسرعة ، وشرط كون الجارية ما ولدت ، فلو ظهر أنها كانت ولدت له الرد .

قلت : وظاهره أنه لايرد بدون هذا الشرط مع أنه ذكر فى البزازية أنه لو قبضها ثم ظهر ولادتها عند البائع لامن البائع وهو لم يعلم فهو عيب مطلقا لأن التكسر الحاصل بالولادة لايزول أبدا وعليه الفتوى . وفى رواية إن نقصتها الولادة عيب ، وفى البهائم ليس بعيب إلا إن نقصها وعليه الفتوى ، وشرط إيفاء الثمن فى بلد آخر وهذا لو كان الثمن مؤجلا إلى شهر مثلا فالبيع جائز والشرط باطل إلا أن يكون له مؤنة فيتعين ، أما لو غير مؤجل فالبيع فاسد لأنه يصير أجلا مجهولا وشرط الحمل إلى منزل المشترى فيما له حمل لو بالفارسية ، أما فى العربية فإنه يفرق فيها بين الإيفاء والحمل والعقد يقتضى الأول لاالثانى فيفسد البيع ، وشرط حذو النعل ، وشرط خرز الخف ، وشرط جعل رقعة على ثوب اشتراه من خلقانى ، وشرط كون الثوب سداسيا فإذا وجده خماسيا أخذه بكل الثمن أو ترك لأنه اختلاف نوع لاجنس فلا يفسد ، وشرط كون السويق ملتوتا بمن سمن ، وشرط كون الصابون متخذا من كذا جرة من الزيت ففيهما لو كان ينظر إلى المبيع وقبضه ثم ظهر أنه متخذ من أقل مما ذكر من السمن أو الزيت جاز البيع بلا خيار ، لأن هذا مما يعرف بالعيان فإذا عاينه انتفى الغرر ، ومثله مالو اشترى قميصا على أنه متخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه فظهر من تسعة جاز بلا خيار .

قلت : ويشكل عليه مسألة السداسى ، على أن كونه مما يعرف بالعيان غير ظاهر إلا إذا فحش التفاوت ، وشرط بيع العبد إلا إذا قال من فلان بأن قال بعتك العبد على أن تبيعه من فلان فإنه يفسد لأن له طالبا ، وشرط

شرط أنها مغنية ، إن للتبرى لايفسد ، وإن للرغبة فسد بدائع ، ولو شرط حبلها ، إن الشرط من المشترى فسد ، وإن من البائع جاز لأن حبلها عيب فذكره للبراءة منه ، حتى لو كان فى بلد يرغبون فى شراء الإماء الأولاد فسد خانية ، ولو شرط أنها ذات لبن جاز على الأكثر .

قلت : والضابط للأوصاف أن كل وصف لاغرر فيه فاشتراطه جائز لاما فيه غرر إلا أن لايرغب فيه . وفى الخانية في فصل الشروط المفسدة متى عاين مايعرف بالعيان انتفى الغرر .

باب خيار الرؤية

من إضافة المسبب إلى السبب ، وما قيل من إضافة الشيء إلى شرطه ظاهر لما سيجيء أن له الرد قبل الرؤية . (هو يثبت فى) أربعة مواضع (الشراء) للأعيان

جعلها بيعة والمشترى ذمى بأن اشترى دارا من مسلم على أن يتخذها بيعة جاز البيع وبطل الشرط ، وكذا بيع العصير على أن يتخذه خمرا ، وإنما جاز لأن هذا الشرط لايخرجها عن ملك المشترى ولا مطالب له ، بخلاف اشتراط أن يجعلها المسلم مسجدا فإنه يخرج عن ملكه إلى الله تعالى ، وكذا بشرط أن يجعلها سقاية أو مقبرة للمسلمين أو أن يتصدق بالطعام على الفقراء فإنه يفسد ، وشرط رضا الجيران بأن اشترى دارا على أنه إن رضى الجيران أخذها ، قال الصفار لايجوز ، وقال أبو الليث إن سمى الجيران وقال إلى ثلاثة أيام جاز اه ط ملخصا مع بعض زيادة (قوله شرط أنها مغنية) هذه والتى بعدها تقدمتا فى مسائل الأشباه (قوله ولو شرط حبلها) أى الأمة ، بخلاف الشاة فإنه مفسد كما قدمه المصنف ، لأن الولد زيادة مرغوبة وإنها موهومة لايدرى وجودها فلا يجوز خانية (قوله على الأكثر) أى على قول أكثر الفقهاء (قوله لاما فيه غرر) كبيع الشاة على أنها حامل (قوله إلا أن لايرغب فيه) لأن اشتراطه يكون بمعنى البراءة من وجوده كما فى حبل الأمة (قوله مايعرف بالعيان) كمسألة السويق والصابون كما مر فى مسائل الأشباه (قوله انتفى الغرر) فليس له أن يرده إذا ظهر ، بخلاف مااشترط ، والله سبحانه أعلم .

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذاك يمنع لزومه واللزوم بعد التمام ، والرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ، ولا يحتاج إلى قضاء ولا رضا البائع وينفسخ بقوله رددت إلا أنه لايصح الرد إلا بعلم البائع خلافا للثانى وهو يثبت حكما لابالشرط ، ولا يتوقت ، ولا يمنع وقوع الملك للمشترى ؛ حتى لو تصرف فيه جاز تصرفه وبطل خياره ولزمه الثمن ، وكذا لو هلك فى يده أو صار إلى حال لايملك فسخه بطل خياره كذا فى السراج بحر (قوله من إضافة المسبب إلى السبب) الذى ذكر فى الفتح والبحر أن الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية اه (قوله ظاهر) كذا فى أغلب النسخ ، ولا يناسبه التعليل بعده ، وفى بعض النسخ ظاهر البطلان ، وفى بعضها غير ظاهر ، وبه عبر فى الدر المنتقى ، وعزاه مع التعليل بعده إلى البهنسى (قوله لما سيجيء الخ) يعنى والشيء لايثبت قبل شرطه . وفيه أن هذا يرد أيضا على ماذكره ، لأن المسبب لايتقدم على سببه ، وسيأتى جوابه قريبا ، وهو أنه بسبب آخر . وبيانه كما قال ح أن حق الفسخ قبلها ليس من نتائج ثبوت الخيار له ، بل بحكم أنه عقد غير لازم لأنه لم يقع منبرما فجاز فسخه لضعف فيه كما حققه فى العناية ، وسيذكره الشارح اه (قوله فى أربعة مواضع) أى لاغيرها كما فى الفتح (قوله الشراء للأعيان) أى اللازم تعيينها ، ولا تثبت دينا في الذمة ، والمراد الشراء الصحيح ، لما فى البحر عن جامع الفصولين أن خيار الرؤية وخيار العيب لايثبتان

(والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه) لأن كلا منها معاوضة ، فليس فى ديون ونقود وعقود لاتنفسخ بالفسخ خيار الرؤية فتح .

(صح الشراء والبيع لما لم يرياه والإشارة إليه) أى المبيع (أو إلى مكانه شرط الجواز) فلو لم يشر إلى ذلك لم يجز إجماعا فتح وبحر .

فى البيع الفاسد اه أى لوجوب فسخه بدونهما (قوله والقسمة) فى الشرنبلالية عن العيون أن قسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها الخيارات الثلاث : خيار الشرط والعيب والرؤية ،وقسمة ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات يثبت فيها خيار العيب فقط ، وقسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد ، والبقر والغنم يثبت فيها خيار العيب ؛ وكذا الشرط والرؤية على رواية أبى سليمان ، وهو الصحيح وعليه الفتوى ، وعلى رواية أبى حفص لا اه (قوله فليس فى ديون ونقود) فى بعض النسخ فى ديون القود ، وفى بعضها فى دين العقود ، والأولى أولى وعطف النقود على الديون من عطف الخاص على العام . قال فى الفتح : وعرف من هذا : أى قصره على المواضع الأربعة أنه لايكون فى الديون ، فلا يكون فى المسلم فيه ولا فى الأثمان الخالصة : أى كالدراهم والدنانير ، بخلاف ماإذا كان المبيع إناء من أحد النقدين فإن فيه الخيار اه . قال فى البحر : وأما رأس مال السلم إذا كان عينا فإنه يثبت الخيار فيه للمسلم إليه (قوله وعقود لاتنفسخ) قال فى الفتح : ومحله كل ماكان فى عقد ينفسخ بالفسخ ، لافيما لاينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وإن كانت أعيانا لأنه لايفيد فيها ، لأن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقى العقد قائما ، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لابما يقابلها من القيمة ، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا (قوله لما لم يرياه) أى العاقدان . قال فى البحر : أراد بما لم يره مالم يره وقت العقد ولا قبله ، والمراد بالرؤية العلم بالمقصود من باب عموم المجاز فصارت الرؤية من أفراد المعنى المجازى ، فيشمل ماإذا كان المبيع مما يعرف بالشم كالمسك ، وما اشتراه بعد رؤيته فوجده متغيرا ، وما اشتراه الأعمى . وفى القنية : اشترى مايذاق فذاقه ليلا ولم يره سقط خياره اه (قوله أى المبيع) أى الذى لم يرياه بأن كان مستورا (قوله فلو لم يشر إلى ذلك الخ) عبارة الفتح هكذا : وفى المبسوط الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز ، فلو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لايجوز بالإجماع اه لكن إطلاق الكتاب يقتضى جواز البيع ، سواء سمى جنس المبيع أولا ، وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أولا ، مثل أن يقول بعت منك مافى كمى ، بل عامة المشايخ قالوا إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده ، وطائفة قالوا لايجوز لجهالة المبيع من كل وجه : والظاهر أن المراد بالإطلاق ماذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الأسرار والذخيرة لبعد القول بجواز مالم يعلم جنسه أصلا ، كأن يقول بعتك شيئا بعشرة اه كلام الفتح وحاصله التوفيق بين ماقاله عامة المشايخ ، وما قاله بعضهم بحمل إطلاق الجواب على ماقاله شمس الأئمة وغيره من لزوم الإشارة إليه أو إلى مكانه إذ لايصح بيع مالم يعلم جنسه أصلا : أى لابوصف ولا بإشارة ، ولذا قال صاحب النهاية يعنى شيئا مسمى موصوفا أو مشارا إليه أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم اه فأفاد أن لزوم الإشارة عند عدم تسمية الجنس والوصف ، فالتسمية كافية عن الإشارة ؛ حتى لو قال بعتك كر حنطة بلدية بكذا والكر فى ملكه من نوع واحد فى موضع واحد جاز البيع وكذا الإضافة فى مثل بعتك عبدى وليس له غيره وذكر الحدود فى مثل بعتك الأرض الفلانية ، والمدار على نفى الجهالة الفاحشة ليصح البيع كما حققنا ذلك بما لامزيد عليه أول البيوع عند قوله وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمن ، فتذكره بالمراجعة فإنه ينفعك هنا ، وبهذا التقرير سقط مافى الحواشى السعدية من قوله أقول فى كون الإشارة إلى المبيع أو إلى مكانه شرط الجواز ، سيما بالإجماع

وفى حاشية أخى زاده الأصح الجواز (وله) أى للمشترى (أن يرده إذا رآه) إلا إذا حمله البائع لبيت المشترى ، فلا يرده إذا رآه إلا إذا أعاده إلى البائع أشباه (وإن رضى) بالقول (قبله) أى قبل أن يراه لأن خياره معلق بالرؤية بالنص ، ولا وجود للمعلق قبل الشرط .

كلام فليتأمل اه لما علمت من أن الإشارة ليست شرطا دائما بل عند عدم معرف آخر يرفع الجهالة فافهم (قوله وفى حاشية أخى زاده) أى حاشيته على صدر الشريعة . قال فى المنح : وفى حاشية أخى زاده ذكر هذا البحث ، ثم قال : وقال عامة مشايخنا إطلاق الجواب يدل على جوازه وهو الأصح . وقال بعضهم لايجوز وصحح ، يؤيده مافى جامع الفصولين من الفصل الثالث يشترط كون المبيع حاضرا موجودا مهيأ مقدور التسليم ، وما فى المبسوط من أن الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز ، حتى لو لم يشر إليه أو إلى مكانه لايجوز بالإجماع اه . وفى العناية قال القدورى : من اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز ، معناه أن يقول بعتك الثوب الذى فى كمى هذا أو هذه الجارية المتنقبة ، وكذلك العين الغائب المشار إلى مكانه ، وليس فى ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمى ، والمكان معلوم باسمه والعين معلومة . قال صاحب الأسرار : لأن كلامنا فى عين هى بحالة لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزا اه مافى المنح ملخصا ، ولا يخفى أن حاصله تقييد إطلاق الجواب بما قاله فى المبسوط وغيره كما مر عن فتح القدير ، وهو محمل إطلاق المتون كعبارة القدورى المذكورة (قوله أى للمشترى) كان ينبغى للمصنف التصريح به لأنه لم يتقدم له ذكر مع إيهام عود الضمير للبائع وإن كان يرتفع بقوله الآتى ولا خيار لبائع (قوله إذا رآه) أى علم به كما قدمناه (قوله إلا إذا حمله البائع الخ) فى البحر عن جامع الفصولين : شراه وحمله البائع إلى بيت المشترى فرآه ليس له الرد لأنه لو رده يحتاج إلى الحمل فيصير هذا كعيب حدث عند المشترى ومؤنة رد المبيع بعيب أو بخيار شرط أو رؤية على المشترى ، ولو شرى متاعا وحمله إلى موضع فله رده بعيب ورؤية لو رده إلى موضع العقد وإلا فلا اه وظاهره أنه إنما يرده لو رده إلى موضع العقد فيما لو حمله المشترى بخلاف البائع ، وهو خلاف مانقله الشارح عن الأشباه . والذى يظهر عدم الفرق وأن ماذكره من قوله لأنه لو رده الخ غير ظاهر ، لأنه لايناسبه قوله بعده ومؤنة الرد على المشترى فافهم . ثم رأيت صاحب نور العين اعترض التعليل المذكور بما ذكرته ، ثم إنه يستفاد من كلام الفصولين أن ما أنفقه البائع على تحميله إلى منزل المشترى لايلزم المشترى إذا رد عليه المبيع إلى محل العقد ، لأن البائع متبرع بما أنفقه لأن الواجب عليه التسليم فى محل العقد دون التحميل ، وبه يظهر جواب حادثة الفتوى اشترى حديدا لم يره وشرط على البائع تحميله إلى بلدة المشترى ثم رآه فلم يرض به وأراد فسخ البيع لخيار الرؤية أو بفساد العقد بسبب الشرط المذكور . والجواب أنه يلزمه تحميله إلى بلدة البائع ليرده عليه وإن كان الرد بسبب الفساد ، لما صرح به فى جامع الفصولين أيضا من أن مؤنة رد المبيع فاسدا بعد الفسخ على القابض (قوله وإن رضى بالقول قبله) قيد بالقول لأنه لو أجازه بالفعل بأن تصرف فيه يزول خياره كما فى الشرنبلالية عن شرح المجمع (قوله أى قبل أن يراه) أشار إلى أن الضمير المذكور فى قبله عائد إلى المعنى المصدرى لا إلى لفظ الرؤية المفهوم من قوله إذا رآه لأنه مؤنث تأمل . وأجاب فى البحر بأنه ذكر الضمير للمعنى ، أى لأن المراد من الرؤية العلم كما مر (قوله لأن خياره معلق بالرؤية بالنص) أى بحديث « من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه » قال فى الدرر : وفيه أن هذا استدلال بمفهوم الشرط ونحن لانقول به اه .

قلت : وجوابه أن الأصل فى العقد اللزوم فلا يثبت الخيار إلا بدليله ، والنص إنما أثبته عند الرؤية فيبقى

(ولو فسخه قبلها) قبل الرؤية (صح) فسخه (فى الأصح) بحر لعدم لزوم البيع بسبب جهالة المبيع فلم يقع مبرما :

(ويثبت الخيار) للرؤية (مطلقا غير مؤقت) بمدة هو الأصح عناية لإطلاق النص ، مالم يوجد مبطله وهو مبطل خيار الشرط مطلقا ومفيد الرضا بعد الرؤية لاقبلها درر

ماوراءها على الأصل ، فالحكم ثابت بدليل الأصل لابمفهوم هذا الشرط . وهذا معنى قول الشارح ولا وجود للمعلق قبل الشرط . وقال فى الفتح : والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والإسقاط لايتحقق قبل الثبوت اه أى إذا كان الخيار معلقا بالرؤية كان عدما قبلها فلا يصح إسقاطه بالرضا فافهم (قوله لعدم لزوم البيع) بيان للفرق بين الفسخ والإجازة فإنها غير لازمة قبل الرؤية وهو لازم مع استوائهما فى التعليق بالشرط فى الحديث المار وذلك أن الفسخ له سبب آخر وعدم لزوم هذا العقد ، وما لايلزم فللمشترى فسخه ولم يثبت للإجازة سبب آخر فبقيت على العدم . وحاصله أنه غير لازم قبل الرؤية لجهالة المبيع ، وإذا رآه حدث له سبب آخر لعدم لزومه وهو الرؤية ولا مانع من اجتماع الأسباب على مسبب واحد أفاده فى البحر (قوله غير مؤقت بمدة) تفسير للإطلاق (قوله هو الأصح) وقيل مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره بحر (قوله هو مبطل خيار الشرط) كتعيب فى يده وتعذر رد بعضه وتصرف لايفسخ كالإعتاق وتوابعه أو يوجب حقا للغير كالبيع المطلق : أى عن شرط الخيار للبائع والرهن والإجارة قبل الرؤية بعدها ، وما لايوجب حقا للغير بخيار أى للبائع والمساومة والهبة بلا تسليم بطل بعدها لاقبلها ملتقى . وفى جامع الفصولين : باع بخيار لايبطل به خيار الرؤية إلا فى رواية ، وبخيار المشترى يبطل ، وكذا لو باع بيعا فاسدا وهلك بعض المبيع عند المشترى بطل خياره لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة ، فإذا تعذر رد بعضه بهلاك أو عيب بطل خياره ، ولو عرض بعضه بعد الرؤية على البيع أو قال رضيت ببعضه بطل خياره ، وكذا خيار العيب ، وكذا لورآه فقبضه رسوله اه : قال فى نور العين ومسألة عرض بعضه على البيع ليست وفاقية لما فى الخانية لو عرض بعضه على البيع بعد الرؤية بطل خياره عند محمد لاعند أبى يوسف اه :

قلت : صاحب الخانية يقدم الأشهر فتدبر (قوله مطلقا) أى قبل الرؤية وبعدها كما علمت (قوله ومفيد الرضا) نقل لعبارة الدرر بالمعنى لأنه قال ويبطله مالا يوجب حق الغير كالبيع بالخيار والمساومة والهبة بلا تسليم بعد الرؤية لاقبلها ، لأن هذه التصرفات لاتزيد على صريح الرضا ، وهو إنما يبطله بعد الرؤية وأما التصرفات الأولى فهى أقوى لأن بعضها لايقبل الفسخ وبعضها أوجب حق الغير فلا يملك إبطاله اه :

ثم اعلم أنه فى الكنز اقتصر على قوله ويبطل بما يبطل به خيار الشرط ، فأورد عليه فى البحر : الأخذ بالشفعة والعرض على البيع ، والبيع بخيار للبائع ، والإجارة ، والإسكان بلا أجر ، والرضا بالمبيع قبل الرؤية فإنها تبطل خيار الشرط دون خيار الرؤية اه لكن الصواب إسقاط قوله والإجارة فإنها توجب حقا للغير ، وقدعلمت أن مسألة العرض خلافية :

ثم إن ماأورده فى البحر احترز عنه الشارح بقوله ومفيد الرضا بعد الرؤية لاقبلها ، فإن هذه الأشياء لاتبطل خيار الرؤية قبل الرؤية لأنها تفيد الرضا ، وصريح الرضا قبلها لايبطله ، فلذا قال بعد الرؤية لاقبلها لكن يبقى إيراد البحر واردا على قوله وهو مبطل خيار الشرط مطلقا فإن هذه الأشياء تبطل خيار الشرط ، فيتوهم أنها تبطل خيار الرؤية قبلها وبعدها مع أنها لاتبطله قبلها لما علمت ، ولا يفيد قوله ومفيد الرضا الخ ، لأن بعض

فله الأخذ بالشفعة ثم رد الأول بالرؤية درر من خيار الشرط فليحفظ .

(ويشترط للفسخ علم البائع) بالفسخ خوف الغرر (ولا خيار لبائع مالم يره) فى الأصح (وكفى رؤية مايؤذن بالمقصود كوجه صبرة

مايبطل خيار الشرط يفيد الرضا ، كالعتق والبيع ونحوهما من التصرفات ، ويبطل خيار الرؤية قبلها وبعدها .

[تنبيه] عد فى البحر مما يبطل خيار الرؤية قبض المبيع ونقد الثمن بعد الرؤية . زاد فى جامع الفصولين : وكذا لو رآه فقبضه رسوله اه وحمله إلى بيت المشترى فإذا رآه ليس له رده مالم يرده إلى موضع العقد كما مر بيانه ، وكذا لو اشترى أرضا لم يرها وأعارها فزرعها المستعير ، وكذا لو شرى عدل ثياب فلبس واحدا بطل خياره فى الكل اه (قوله فله الأخذ بالشفعة الخ) تفريع على قوله لاقبلها : أى إذا كان مفيد الرضا لايبطل خيار الرؤية قبل الرؤية ، فلو شرى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها فله أخذ الثانية بالشفعة ، ولا يبطل خياره فى الأولى حتى إذا رآها ولم يرض بها فله ردها بخيار الرؤية (قوله درر من خيار الشرط) وكذا ذكره الشارح هناك عن المعراج بقوله بخلاف خيار رؤية وعيب .

[تنبيه] إنما عزا ذلك إلى الدرر من خيار الشرط مع أنه فى الدرر ذكره فى هذا الباب متنا بقوله كذا طلب الشفعة بما لم يره لأنه جعله مبطلا لخيار الرؤية قبل الرؤية وهو غير صحيح (قوله خوف الغرر) أى غرر البائع بسبب اعتماده على شرائه فلا يطلب لسلعته مشتريا آخر ط (قوله ولاخيار البائع مالم يره فى الأصح) بأن ورث عينا فباعها لاخيار له بالإجماع السكوتى در منتقى : أى وقع الحكم بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ولم يرو عن أحد منهم خلافه فكان إجماعا سكوتيا كما بسطه فى الفتح ، وهو قول الإمام المرجوع إليه كما فى البحر ، وبه ظهر أن قوله فى الأصح لامحل له لإيهامه أن مقابله صحيح مع أن مارجع عنه المجتهد لم يبق قولا له لأنه فى حكم المنسوخ (قوله وكفى رؤية مايؤذن بالمقصود) لأن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود هداية والمراد أن رؤية ذلك قبل الشراء كافية فى سقوط خياره بعده لأنه قد اشترى مارأى فلا خيار له ، وليس المراد أنه لو اشترى قبل الرؤية ثم رأى ذلك يسقط خياره كما توهمه بعض الطلبة فاستشكله بأن خيار الرؤية غير مؤقت وأنه إذا رآه بعد الشراء لايسقط إلا بقول أو فعل يدل على الرضا فكيف يسقط بمجرد رؤية مايؤذن بالمقصود أفاده فى النهر ، ويشير إليه الشارح ولا شك أنه توهم ساقط وإلا لزم أن لايثبت خيار الرؤية بعد الشراء إلا قبل الرؤية بعده ولا قائل به مع أن الرؤية بعد الشراء شرط ثبوت الخيار على مامر (قوله كوجه صبرة)المراد بها ما لاتتفاوت آحاده . قال فى الفتح : فإن دخل فى البيع أشياء ، فإن كانت الآحاد لاتتفاوت كالمكيل والموزون ، وعلامته أن يعرض بالنموذج فيكتفى برؤية واحد منها فى سقوط الخيار إلا إذا كان الباقى أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار : أى خيار العيب لاخيار الرؤية ذكره فى الينابيع . وعلل فى الكافى بأنه إنما رضى بالصفة التى رآها لابغيرها ومفاده أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف أى صاحب الهداية والتحقيق أنه خيار عيب إذا كان اختلاف الباقى يوصله إلى حد العيب ، وخيار رؤية إذا كان لايوصله إلى اسم المعيب بل الدون ، وقد يجتمعان فيما إذ اشترى مالم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع فى الحال اهـ وأقره فى البحر .

والحاصل أنه إذا كان الباقى أردأ مما رأى لاتكفى رؤية بعضه : أي لايسقط بها الخيار مطلقا ، وإنما يسقط

ورقيق و) وجه (دابة) تركب (وكفلها) أيضا فى الأصح (و) رؤية (ظاهر ثوب مطوى)

بها خيار الرؤية فقط ، ويبقى خيار العيب على مافى الينابيع أو يبقى معها خيار الرؤية على مافى الكافى والتحقيق التفصيل ؛ وهو أنه إن كان الباقى معيبا يبقى الخياران وإلا فخيار الرؤية فقط . وبهذا التقرير سقط مافى النهر حيث قال : وعندى أن مافى الكافى هو التحقيق ، وذلك أن هذه الرؤية إذا لم تكن كافية ، فما الذى أسقط خيار رؤيته حتى انتقل منه إلى خيار العيب فتدبره اه وهذا اعتراض على مافى الينابيع . والجواب أنها قد أسقطت خيار الرؤية وإنما لم تكن كافية فى لزوم المبيع لأنه يبقى معها خيار العيب كما قررنا به كلام الينابيع وعلمت ماهو التحقيق . ثم قال فى الفتح : ثم السقوط برؤية البعض إذا كان فى وعاء واحد ، فلو فى أكثر فقيل كذلك ، وقيل لابد من رؤية كل وعاء ، والصحيح الأول لأن رؤية البعض تعرف حال الباقى ، هذا إذا ظهر أن مافى الوعاء الآخر مثله أو أجود ، فلو أردأ فهو على خياره اه .

[تنبيه] قال فى جامع الفصولين : فإن قال المشترى لم أجد الباقى على تلك الصفة ، وقال البائع هو على تلك الصفة فالقول للبائع والبينة للمشترى اه ومثله فى الخانية . ولا يخفى أن هذا إذا هلك النموذج الذى رآه وادعى المشترى مخالفة الباقى ، أما لو كان موجودا فإنه يعرض على من له خبرة بذلك فيتضح الحال ، لكن بقى شىء وهو أن هذا إنما يظهر لو كان المبيع حاضرا مستورا بكيس أو نحوه ، أما لو كان غائبا وأحضر له البائع النموذج وهلك ثم أحضر له الباقى فادعى المشترى أنه ليس على الصفة التى رآها فى النموذج فينبغى أن يكون القول للمشترى لأنه منكر ضمنا كون ذلك هو المبيع ، بخلاف ما إذا كان حاضرا لاتفاقهما على أنه المبيع وإنما الاختلاف فى الصفة وبهذا ظهر أن مابحثه الخير الرملى فى حواشيه على الفصولين من أنه لو هلك النموذج فالقول للمشترى لإنكاره كون الباقى هو المبيع ضمنا محمول على مالو كان غائبا كما قلنا وإلا خالفه صريح المنقول كما علمت فاغتنم هذا التحرير (قوله ورقيق) أى ووجه رقيق أو أكثر(١) كما فى السراج عبدا كان أو أمة ، لأن سائر الأعضاء فى العبيد والإماء تبع للوجه ، ولذا تفاوتت القيمة ، إذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى الأعضاء ، ودل كلامه أنه لو نظر لسائر أعضائه غير الوجه لايسقط خياره ، وبه صرح فى السراج نهر . ولاتشترط رؤية الكفين واللسان والأسنان والشعر عندنا بحر (قوله تركب) احتراز عن شاة اللحم أو القنية والبقرة الحلوب أو الناقة كما فى النهر ويأتى حكمها (قوله وكفلها) أى مع كفلها بفتحتين بمعنى العجز ، وأفاد أن رؤية القوائم غير شرط وهو الصحيح نهر (قوله فى الأصح) هو قول أبى يوسف ، واكتفى محمد برؤية الوجه نهر (قوله وظاهر ثوب مطوى الخ) لأن البادى يعرف مافى الطى فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته ، وبذلك ينقص ثمنه عليه إلا أن يكون له وجهان فلابد من رؤيتهما ، أو يكون فى طيه مايقصد بالرؤية كالعلم ، قيل هذا فى عرفهم . أما فى عرفنا فما لم ير باطن الثوب لايسقط خياره لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر فى الثياب ، وهو قول زفر . وفى المبسوط الجواب على ماقال زفر فتح وبحر .

قلت : ومقتضى التعليل الأخير أنه لو لم يختلف سقط الخيار إلا إذا ظهر باطنه أردأ من ظاهره فله الخيار على مامر . وبقى شىء لم أر من نبه عليه ، وهو مالو كان المبيع أثوابا متعددة وهى من نمط واحد لاتختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد . ويظهر لى أنه يكفى رؤية ثوب منها إلا إذا ظهر الباقى أردأ وذلك لأنها تباع بالنموذج فى عادة التجار ، فإذا كانت ألوانا مختلفة ينظرون من كل لون إلى ثوب واحد ، بل قد يقطعون من كل لون قطعة

---

(١) (قوله أى ووجه رقيق أو أكثر) عبارة ط وكذا إذا نظر إلى أكثر الوجه لأنه كرؤية جميعه اه .

وقال زفر : لابد من نشره كله ، هو المختار كما فى أكثر المعتبرات قاله المصنف (وداخل دار) وقال زفر : لابد من رؤية داخل البيوت ، وهو الصحيح وعليه الفتوى جوهرة ، وهذا اختلاف زمان لابرهان ، ومثله الكرم والبستان (و) كفى (حبس شاة لحم ونظر) جميع جسد

قدر الأصبع ويلصقون القطع فى ورقة ، فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة ويكون طول الثوب وعرضه معلوما فإذا وجدت الأثواب كلها على الحال المرئى والمعلوم بلا تفاوت بينها ينبغى أن يسقط خيار الرؤية ، لأنها حينئذ تكون بمنزلة العددى المتقارب كالجوز والبيض ، إذ لاشك أنه قد يحصل تفاوت بين جوزة وجوزة ولكنه يسير لاينقص الثمن ، فإذا كان نوع من الثياب على هذا الوجه لايختلف ثوب منها عن ثوب اختلافا ينقص الثمن عادة كان كذلك ولا سيما إذا كانت الثياب من سدى واحد ، لأنه داخل تحت قول الهداية وغيرها أنه يكتفى برؤية مايدل على العلم بالمقصود . وفى الزيلعى : لو كان أشياء لاتتفاوت آحاده كالمكيل والموزون ، وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية بعضه لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض فى الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقى إلا إذا كان الباقى أردأ فله الخيار فيه وفيما رأى ، وإن كان آحاده تتفاوت وهو الذى لايباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلابد من رؤية كل واحد من أفراده ، لأنه برؤية بعضها لايقع العلم بالباقى للتفاوت اهـ أى للتفاوت الفاحش بين عبد وعبد وثوب وثوب ، لكنه جعل المناط فى الفرق تفاوت الآحاد وعدمه وعرضه فى العرف بالنموذج وعدمه فيدل على أنه لو كان نوع من الثياب لاتتفاوت آحاده ، ويعرض بالنموذج فى العادة كما قلنا فهو فى حكم المكيل والموزون . وذكر فى الهداية أنه يجوز السلم فى المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة لافى الحيوان ، لأن فيه تفاوتا فاحشا فى المالية باعتبار المعانى الباطنة فيفضى إلى المنازعة ، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد اهـ ومراده أنهما يتفاوتان قليلا كما فى الفتح أى بحيث لايعتبر عادة ولا يفضى إلى المنازعة، فقد اغتفروا التفاوت اليسير فى السلم الوارد على خلاف القياس لأنه بيع معدوم ، فينبغى أن يقال هنا كذلك ، ولهذا اكتفى فى العددى المتقارب برؤية البعض فى الصحيح خلافا للكرخى ، هـذا ماظهر لى بحثا (قوله وقال زفر الخ) قال فى النهر : قيل هـذا قول زفر وهو الصحيح وعليه الفتوى ، واكتفى الثلاثة برؤية خارجها وكذا برؤية صحنها، والأصح أن هذا بناء على عادتهم فى الكوفة أو بغداد فإن دورهم لم تكن متفاوتة إلا فى الكبر والصغر وكونها جديدة أولا ، فأما فى ديارنا فهى متفاوتة . قال الشارح الزيلعى لأن بيوت الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية مرافقها ومطابخها وسطوحها مختلفة فلابد من رؤية ذلك كله فى الأظهر . وفى الفتح : وهذا هو المعتبر فى ديار مصر والشام والعراق ، وبهذا عرف أن كون مافى الكتاب قول زفر كما ظنه بعضهم غير واقع موقعه لأنه كان فى زمانهم ، ولم يكتف برؤية الخارج فكان مذهبه عدم الاكتفاء به مطلقا اهـ كلام النهر .

وحاصله أن أئمتنا الثلاثة اكتفوا برؤية خارج البيوت وصحن الدار لكونها غير متفاوتة فى زمنهم وزفر كان فى زمنهم وقد خالفهم ، فعلم أنه قائل باشتراط رؤية داخلها وإن لم تتفاوت ، وهذا خلاف ماصححوه من اشتراط رؤية داخلها فى ديارنا لتفاوتها فيكون اختلاف عصر وزمان . أما خلاف زفر فهو اختلاف حجة وبرهان لا اختلاف عصر وزمان (قوله ومثله الكرم والبستان) فلابد فى البستان من رؤية ظاهره وباطنه ، وفى الكرم لابد من رؤية العنب من كل نوع شيئا ، وفى الرمان لابد من رؤية الحلو والحامض، وفى الثمار على رؤوس الأشجار تعتبر رؤية جميعها ، بخلاف الموضوعة علي الأرض بحر . وذكر فى فصل مايدخل فى البيع تبعا اشترى الثمار علي

(شاة قنية) للدر والنسل مع ضرعها ظهيرية وضرع بقرة حلوب وناقة لأنه المقصود جوهرة (و) كنى ذوق مطعوم وشم مشموم (لاخارج دار وصحنها) على المفتى به كما مر (أو رؤية دهن فى زجاج) لوجود الحائل (وكفى رؤية وكيل قبض و) وكيل شراء (لارؤية رسول) المشترى وبيانه فى الدرر .

رؤوس الأشجار فرأى من كل شجرة بعضها يثبت له خيار الرؤية(١) اه وهذا ينافى ماذكره فى الكرم ، ولعله يفرق بين ماإذا اشترى الشجر بثمره فيكفى أن يرى من كل نوع شيئا وبين ما إذا اشترى الثمر مقصودا فتأمل (قوله شاة قنية) هى التى تحبس فى البيوت لأجل النتاج ، من اقتنيته اتخذته لنفسى قنية أى للنسل لاللتجارة بحر ، فقوله للدر والنسل تفسير لها (قوله مع ضرعها) قال فى البحر بعد عزوه للظهيرية فليحفظ ، فإن فى بعض العبارات مايوهم الاقتصار على رؤية ضرعها اه لكن فى النهر الظاهر أنه لو اقتصر عليه كفاه كما جزم به غير واحد (قوله وشم مشموم) وفى دفوف المغازى لابد من سماع صوتها لأن العلم بالشىء يقع باستعمال آلة إدراكه ولا يسقط خياره حتى يدركه زيلعى (قوله لوجود الحائل) فهو لم ير الدهن حقيقة . وفى التحفة : لو نظر فى المرآة فرأى المبيع ، قالوا لايسقط خياره ، لأنه مارأى عينه بل مثاله . ولو اشترى سمكا فى ماء يمكن أخذه بلا اصطياد فرآه فيه ، قيل يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع ، وقيل لا لأنه لايرى فى الماء على حاله بل يرى أكبر مما كان فهذه الرؤية لاتعرف المبيع بحر (قوله وكفى رؤية وكيل قبض وشراء) فلا خيار له ولا لموكله وهذا لو بشراء شىء لابعينه . فنى المعين : ليس للوكيل خيار رؤية ، وإذا شرى مارآه موكله ولم يعلم به الوكيل فله الخيار إذا لم يره كما فى جامع الفصولين ، واحترز عما لو وكله بالرؤية مقصودا وقال إن رضيته فخذه لايصح ولا تصير رؤيته كرؤية موكله جامع الفصولين . قال فى البحر لأنها من المباحات لاتتوقف على توكيل إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة لما فى المحيط وكله بالنظر إلى ماشراه ولم يره ، إن رضى يلزم العقد ، وإن لم يرض يفسخ يصح لأنه جعل الرأى والنظر إليه فيصح كما لو فوض الفسخ والإجازة إليه فى البيع بشرط الخيار اه . قال فى النهر : ودل كلامه أن رؤيته قبل التوكيل به لاأثر لها فلا يسقط بها الخيار كما فى الفتح وغيره (قوله لارؤية رسول المشترى) سواء كان رسولا بالقبض أو بالشراء زيلعى (قوله وبيانه فى الدرر) حيث قال : اعلم أن ههنا وكيلا بالشراء ووكيلا بالقبض ورسولا . وصورة التوكيل بالشراء أن يقول كن وكيلا عنى بشراء كذا ، وصورة التوكيل بالقبض أن يقول كن وكيلا عنى بقبض مااشتريته وما رأيته . وصورة الرسالة أن يقول كن رسولا عنى بقبضه فرؤية الوكيل الأول تسقط الخيار بالإجماع ، ورؤية الثانى تسقط عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا قبضه ناظرا إليه فحينئذ ليس له ولا للموكل أن يرده إلا بعيب . وأما إذا قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار فإنه لايسقط ، لأنه لما قبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك إسقاطه قصدا لصيرورته أجنبيا وإن أرســل رسولا بقبضه فقبضه بعد مارآه فللمشترى أن يرده . وقالا الوكيل بالقبض والرسول سواء فى أن قبضهما بعد الرؤية لايسقط خيار المشترى اه ح قال فى الشرنبلالية : وفيه نظر لأنه لاخلاف فى هذه الحالة ، وما الخلاف إلا فى نظر الوكيل بالقبض حالة قبضه لافى نظره السابق على قبضه ولا المتأخر عنه كما فى التبيين اه ط .

---

(١) (قوله يثبت له خيار الرؤية) أى وتكون رؤية البعض كافية ، بخلاف المسألة السابقة فانه اشترط رؤية الجميع ولا يكفى رؤية البعض ، وليس المراد أن رؤية البعض غير معتبرة بل يكون له الخيار عند رؤية الجميع حتى لايخالف العبارة السابقة اه .

(وصح عقد الأعمى) ولو لغيره وهو كالبصير إلا فى اثنتى عشرة مسألة مذكورة فى الأشباه (وسقط خياره بجس مبيع وشمه وذوقه) فيما يعرف بذلك (ووصف عقار) وشجر وعبد، وكذا كل ما لا يعرف بجس وشم وذوق حدادى أو بنظر وكيله ، ولو أبصر بعد ذلك فلا خيار له ، هذا كله (إذ وجدت) المذكورات كشم الأعمى ، وكذا رؤية البصير وجه الصبرة ونحوها نهر (قبل شرائه ولو بعده يثبت له الخيار بها) أى بالمذكورات لأنها

[تنبيه] نقل فى البحر عن الفوائد أن صورة الرسالة أن يقول كن رسولا عنى فى قبضه أو أمرتك بقبضه أو أرسلتك لتقبضه أو قل لفلان أن يدفع المبيع إليك ، وقيل لافرق بين الرسول والوكيل فى فصل الأمر ، بأن قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار اه . وذكر فى البحر من كتاب الوكالة عن البدائع أن الإيجاب من الموكل أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ونحوه اه فهذا صريح فى أن الأمر والإذن توكيل ، لكن ذكر هناك عن الولوالجية مايدل على أن الأمر توكيل إذا دل على إنابة المأمور مناب الآمر ، وسيأتى تحريره هناك إن شاء الله تعالى ، وكتبت هنا فى تنقيح الحامدية بعض ذلك فراجعه (قوله ولغيره) كأن يكون وصيا أو وكيلا .

مطلب الأعمى كالبصير إلا فى مسائل

(قوله إلا فى اثنتى عشرة مسألة) قال فى الأشباه : وهو كالبصير إلا فى مسائل منها لاجهاد عليه ولا جمعة ولا جماعة ولا حج وإن وجد قائدا ، ولا يصلح للشهادة مطلقا على المعتمد والقضاء والإمامة العظمى ولا دية فى عينيه ، وإنما الواجب الحكومة . وتكره إمامته إلا أن يكون أعلم القوم ولا يصح عتقه عن كفارة ولم أر حكم ذبحه وصيده وحضانته ورؤيته لما اشتراه بالوصف ، وينبغى أن يكره ذبحه . أما حضانته فإن أمكنه حفظ المحضون كان أهلا وإلا فلا ، ويصلح ناظرا ووصيا . والثانية فى منظومة ابن وهبان والأولى فى أوقاف هلال كما فى الإسعاف اه وقوله ولا يصلح للشهادة مطلقا : أى ولو فيما تقبل فيه الشهادة بالتسامع ، وقوله ولا يصح عتقه مصدر مضاف لمفعوله أى أن يعتقه سيده عن كفارته ، وقوله ولم أر الخ عبارته فى البحر : ويكره ذبحه ولم أر حكم صيده ورميه واجتهاده فى القبلة ، وقوله ورؤيته لما اشتراه بالوصف رؤيته مبتدأ خبره قوله بالوصف أى علمه بالمبيع المحتاج للرؤية بالوصف ، وقوله ويصلح ناظرا ووصيا ليس من المستثنيات لأنه وافق فيه البصير (قوله وسقط خياره بجس مبيع الخ) محمول على ما إذا وجد منه الجس ونحوه قبل الشراء . وأما إذا اشترى قبل أن يوجد منه ذلك لايسقط خياره بوجوده بل يثبت باتفاق الروايات ويمتد إلى أن يوجد منه مايدل على الرضا من قول أو فعل فى الصحيح شرنبلالية عن الزيلعى (قوله وكذا كل مالا يعرف بجس الخ) ظاهره أن مايعرف بالجس ونحوه لايكفى فيه الوصف وكذا عكسه وأنه لايشترط اجتماع الوصف والجس ، لكن فى المعراج : وعن أبى يوسف اعتبار الوصف فى غير العقار . وقال أئمة بلخ : يمس الحيطان والأشجار . وعن محمد يعتبر اللمس فى الثياب والحنطة ، ثم قال : وبالجملة مايقف به على صفة المبيع فهو المعتبر ، فحينئذ لاتختلف هذه الروايات فى المعنى ، لأن الخيار ثابت للأعمى لجهله بصفات المبيع فإذا زال ذلك بأى وجه كان يسقط خياره اه .

[تنبيه] فى البحر عن البدائع : لابد فى الوصف للأعمى من كون المبيع على ماوصف له ، ليكون فى حقه بمنزلة الرؤية فى حق البصير (قوله أو بنظر وكيله) أى وكيل الشراء أو القبض لاوكيل النظر إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة على مامر (قوله بعد ذلك) أى من الجس ونحوه أو الوصف أو نظر الوكيل (قوله فلا خيار له) لأنه قد سقط فلا يعود إلا بسبب جديد ، ولو اشترى البصير ثم عمى انتقل الخيار إلى الوصف بحر (قوله لا أنها)

مسقطة كما غلط فيه بعضهم (فيمتد) خياره فى جميع عمره على الصحيح (مالم يوجد منه مايدل على الرضا من قول أو فعل) أو يتعيب أو يهلك بعضه عنده ولو قبل الرؤية ، ولو أذن للأكار أن يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لأن فعله بأمره كفعله عيني ولوشرى نافجة مسك فأخرج المسك منها لم يردبخيار رؤية ولا عيب لأن الإخراج يدخل عليه عيبا ظاهرا نهر :

(ومن رأى أحد ثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر فله ردهما) إن شاء (لارد الآخر وحده) لتفريق الصفقة :

(ولو اشترى مارأى) حال كونه (قاصدا لشرائه) عند رؤيته ، فلو رآه لالقصد شراء ثم شراه ، قيل له الخيار ظهيرية ، ووجهه ظاهر لأنه لايتأمل التأمل المعيد بحر . قال المصنف : ولقوة مدركه عوّلنا عليه (عالما بأنه مرئيه) السابق (وقت الشراء) فلو لم يعلم به خير لعدم الرضا درر (فلا خيار له إلا إذا تغير) فيخير :

(رأى ثيابا فرفع البائع بعضها ثم اشترى الباقى ولايعرفه فله الخيار) وكذا لو كانا ملفوفين وثمنهما متفاوت لأنه ربما يكون الأردأ بالأكثر ثمنا :

(ولو سمى لكل واحد) من الثياب (عشرة لا) خيار له لأن الثمن لما لم يختلف استويا فى الأوصاف بحر

أى الرؤية بهذه المذكورات (قوله كما غلط فيه بعضهم) أى بعض الطلبة وقدمنا بيانه (قوله أو يتعيب) بالجزم عطفا على مدخول لم وهو يوجد لاعلى قول لأن التعيب والهلاك ليسا من المشترى البتة ، وإنما امتنع الرد بهلاك البعض لأنه يلزم عليه تفريق الصفقة كما يأتى (قوله ولو قبل الرؤية) مبالغة على قوله أو يتعيب أو يهلك بعضه ، وأما الفعل فمنه مايسقط بعد الرؤية فقط ومنه مايسقط مطلقا ومر بيانه (قوله ولا عيب) لم يذكره فى النهر ، بل فى البحر عن الولوالجية : وبه سقط مابحثه الحموى فى شرحه أنه لو وجده بعد إخراجه منقطع الرائحة ، فالظاهر أن له رده بخيار العيب لأنه بحث مخالف للمنقول بل وللمعقول ، إذ كيف يسوغ الرد بعد حدوث عيب جديد (قوله يدخل عليـــه عيبا ظاهرا) حتى لو لم يدخل كان له أن يرد بخيار العيب والرؤية جميعا بحر (قوله لتفريق الصفقة) يأتى بيانه . واستفيد منه أنه لو رآهما فرضي بأحدهما أنه لايرد الآخر بحر (قوله قاصدا لشرائه عند رؤيته) فلو قصد شراءه ثم رآه لكنه عندها لم يقصد الشراء ثم شراه يثبت له الخيار للعلة المذكورة ط (قوله قال المصنف الخ) قال الخير الرملى : هو خلاف الظاهر من الرواية ، وقد ذكره فى جامع الفصولين أيضا بصيغة ، قيل وهى صيغة التمريض فكيف يعوّل عليه فى متنه والمتون موضوعة لما هو الصحيح من المذهب تأمل اه ، وكذا رده المقدسى بأنه مناف لإطلاقاتهم (قوله فلو لم يعلم به) كأن رأى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لايعلم أنها التى كان رآها ثم ظهرت إياها ، فإن له الخيار لعدم مايوجب الحكم عليه بالرضا أو رأى ثوبا فلف فى ثوب وبيع فاشتراه وهو لايعلم أنه ذلك فتح (قوله ولا يعرفه) أى الباقى بحر (قوله وكذا لو كانا ملفوفين الخ) فى البحر عن الظهيرية لو رأى ثوبين ثم اشتراهما بثمن متفاوت ملفوفين فله الخيار لأنه ربما يكون الأردأ بأكثر الثمنين وهولايعلم اه أى بأن اشترى أحدهما بعينه بعشرة والآخر بعينه بعشرين مثلا فإنه لايعلم وقت الشراء أن الذى قابله العشرون جيد أو ردىء ، أما لو شرى أحدهما بعشرين ولم يعينه فسد البيع لجهالة المبيع ، ولو اشترى كل واحد بعشرة فلا خيار له لأنه عالم بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء حيث سوّى بينهما فى الثمن ، لأنه دليل تساويهما فى الوصف فيكون عالما بأوصاف المعقود عليه حالة الشراء ذخيرة . وبه علم أن علة الخيار فى الأولى هى جهل وصف المبيع وقت الشراء وإن تبين أن الثمن الأدنى للأعلى فافهم . وأيضا فيه احتمال دخول الضرر على المشترى فيما لو ظهر الأحسن معيبا وكان ثمنه أقل فإنه يرده على البائع بالثمن الأقل ويبقى عليه الأدنى بالثمن الأعلى (قوله ولو سمى الخ) هذا

(والقول للبائع) بيمينه إذا (اختلفا فى التغيير) هذا (لو المدة قريبة) وإن بعيدة فالقول للمشترى عملا بالظاهر . وفى الظهيرية : الشهر فما فوقه بعيد . وفى الفتح : الشهر فى مثل الدابة والمملوك قليل (كما) أن القول للمشترى بيمينه (لو اختلفا فى) أصل (الرؤية) لأنه ينكر الرؤية ، وكذا لو أنكر البائع كون المردود مبيعا فى بيع بات أو فيه خيار شرط أو رؤية فالقول للمشترى ، ولو فيه خيار عيب فالقول للبائع . والفرق أن المشترى ينفرد بالفسخ فى الأول لا الأخير .

(اشترى عدلا) من متاع ولم يره (وباع) أو لبس نهر (منه ثوبا)

تفصيل لمسألة الثوبين الملفوفين المذكورة فى الشرح كما ظهر لك مما نقلناه عن الذخيرة ، وقد جعله المصنف تفصيلا لقوله رأى ثيابا الخ . والظاهر أن الحكم فيها كذلك تأمل (قوله والقول للبائع الخ) هذا من تتمة قوله فلا خيار له إلا إذا تغير فكان المناسب ذكره عقبه كما هو الواقع فى كثير من الكتب حتى فى الهداية والملتقى والكنز والغرر (قوله عملا بالظاهر) فإن الظاهر أنه لايبقى الشىء فى دار التغير وهى الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه التغير . قال محمد أرأيت لو رأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشرين وقال تغيرت أن لايصدق بل يصدق ، لأن الظاهر شاهد له . قال شمس الأئمة وبه يفتى الصدر الشهيد والإمام المرغينانى فيقول : إن كان لايتفاوت فى تلك المدة غالبا فالقول للبائع ، وإن كان التفاوت غالبا فالقول للمشترى . مثاله لو رأى دابة أو مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبائع ، لأن الشهر فى مثله قليل فتح ، والمراد التغير بنقصان بعض الصفات كنقص الحسن أو القوة ، لابعروض عيب لأن عروضه قد يكون فى أقل من شهر ، وبه يثبت خيار العيب (قوله لو اختلفا فى أصل الرؤية) بأن قال له البائع رأيت قبل الشراء وقال المشترى ما رأيته ، وكذا لو قال له رأيت بعد الشراء ثم رضيت ، فقال رضيت قبل الرؤية كما فى البحر (قوله لأنه ينكر الرؤية) أى وهى أمر عارض والأصل عدمه . وبقى مالو رأى النموذج وهلك ثم ادعى مخالفته للباقى وقدمنا بيانه (قوله فى بيع باتّ) كذا فى النهر والفتح . والظاهر أنه أراد به اللازم وهو مالا خيار فيه بقرينة المقابلة ، ولذا قال ح الظاهر أن الرد فيه بالإقالة اه فافهم (قوله والفرق) أى بين ما القول فيه للمشترى وما القول فيه للبائع من الخيارات الثلاث ، وبيانه ما فى الفتح والنهر أن المشترى فى الخيار ينفسخ العقد بفسخه بلا توقف على رضا الآخر بل على علمه وإذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك فى المقبوض والقول فيه للقابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع ، وفى العيب لاينفرد لكنه يدعى ثبوت حق الفسخ فيما أحضره والبائع ينكره والقول قول المنكر اه .

ثم اعلم أن هذا فى الاختلاف فى المردود عند الفسخ ، أما لو اختلفا فى تعيين ما فيه خيار الشرط عند الإجازة ممن له الخيار ، فقد ذكره فى البحر عن الظهيرية وقدمنا حاصله قبيل هذا الباب (قوله اشترى عدلا) بكسر العين هو أحد فردتى الحمل (قوله من متاع) هو ما يتمتع به من ثياب ونحوها ، وهذا من القيميات ، ولم أر من ذكر المثليات من مكيل وموزون . والظاهر أنه لافرق بينهما فى هذا الحكم لأنه إذا كانت العلة تفريق الصفقة فهو غير جائز فى المثلى أيضا كما قدمناه أول البيوع عند قوله كل المبيع بكل الثمن ، وسيأتى حكم الرد بالعيب فى المثليات فى الباب الآتى عند قوله أو كان المبيع طعاما فأكله أو بعضه (قوله ولم يره) قيد به ليمكن تأتى خيار الرؤية فيه ولا ينافيه ذكر خيار العيب والشرط لأنهما قد يجتمعان مع خيار الرؤية فافهم (قوله أو لبس) أى حتى تغير كما فى الحاكم . قال الخير الرملى : وكذا لو استهلكه أو هلك أو كان عبدا فمات أو أعتقه كما صرح به فى التتارخانية اه .

وفى الحاوى : اشترى أربعة برود على أن كلا منها ستة عشر ذراعا فباع أحدها ثم ذرع البقية فإذا هى خمس عشرة

بعد القبض (أو وهب وسلم رده بخيار عيب لا) بخيار (رؤية أو شرط) الأصل أن رد البعض يوجب تفريق الصفقة وهو بعد التمام جائز لاقبله فخيار الشرط والرؤية يمنعان تمامها ، وخيار العيب يمنعه قبل القبض لابعده ، وهل يعود خيار الرؤية بعد سقوطه عن الثانى لا كخيار شرط ، وصححه قاضيخان وغيره .

[فروع] شرى شيئا لم يره ليس للبائع مطالبته بالثمن قبل الرؤية .

ولو تبايعا عينا بعين فلهما الخيار مجتبى .

شرى جارية بعبد وألف فتقابضا ثم رد بائع الجارية بخيار الرؤية لم يبطل البيع(١) فى الجارية بحصة الألف ظهيرية ، لما مر أنه لاخيار فى الدين .

أراد بيع ضيعة ولا يكون للمشترى خيار رؤية ، فالحيلة أن يقر بثوب لإنسان

فله رد البقية (قوله بعد القبض) قيد به فى الجامع الصغير ، وكأن المصنف استغنى عنه بقوله باع ، لأن مالم يقبض لايصح بيعه ولاهبته نهر : أى لايصح بيعه لو منقولا ، بخلاف العقار . وأفاد أنه قبل القبض لافرق بين الخيارات الثلاث فى أنه لايرد الباقى كما يعلم مما يأتى (قوله رده) أى الباقى من العدل (قوله الأصل أن رد البعض) أى بعض المبيع كرد باقى العدل ورد أحد الثوبين فيما لو رأى أحدهما ثم رأى الآخر فى مسألة المتن المارة وأمثال ذلك (قوله يوجب تفريق الصفقة) أى تفريق العقد ، بأن يوجب الملك فى بعض المبيع دون البعض ، وقدمنا أول البيوع مايوجب تفريقها وعدمه ، وسمى العقد صفقة للعادة فى أن المتبايعين يصفق كفه(٢) فى كف الآخر (قوله يمنعان تمامها) فإن خيار الرؤية مانع من التمام ، أما خيار الشرط فإنه مانع ابتداء لكن مايمنع الابتداء يمنع التمام ، وأطلقه فشمل ماقبل القبض أو بعده وذلك لأن له الفسخ بغير قضاء ولا رضا فيكون فسخا من الأصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لايحتاج إلى القضاة أو الرضا كما فى الفتح (قوله وخيار العيب يمنعه) أى يمنع تمام الصفقة قبل القبض ، ولذا يفسخ بقوله رددت ، ولا يحتاج إلى رضا البائع ولا إلى القضاء ، ولا يمنعه بعده ولذا لو رده بعده لاينفسخ إلا برضا البائع أو بحكم (قوله وهل يعود خيار الرؤية الخ) أى بأن عاد الثوب الذى باعه من العدل أو وهبه بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع فى الهبة ، فهو أى مشترى العدل على خياره فله أن يرد الكل بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق الصفقة ، كما ذكره شمس الأئمة السرخسى . وعن أبى يوسف لايعود ، لأن الساقط لايعود كخيار الشرط إلا بسبب جديد وصححه قاضيخان ، وعليه اعتماد القدورى وحقيقة الملحظ مختلفة ؛ فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ، ولحظه الثانى مسقطا فلا يعود بلا سبب وهذا أوجه ، لأن نفس التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها فتح . وادعى فى البحر أن الأول أوجه ، ورده فى النهر (قوله ليس للبائع مطالبته بالثمن قبل الرؤية) لعدم تمام العقد قبلها (قوله فلهما الخيار) أى باعتبار أن كلا منهما مشتر للعين التى باعها الآخر (قوله لم يبطل البيع فى الجارية بحصة الألف) أى بل يبطل بحصة العبد ، فإن كانت قيمته خمسمائة مثلا بطل البيع فى ثلث الجارية وبقى فى حصة الألف وهى الثلثان منها (قوله لما مر أنه لاخيار فى الدين) أى مر أول الباب فى قوله فليس فى ديون ونقود الخ ، وإذا لم يكن له خيار فى الألف يبقى البيع لازما من الجارية بقدر

---

(١) (قول الشارح لم يبطل البيع الخ) مقتضى هذا أن تصير الجارية مشتركة فيثبت لمشتريها الخيار لعيبها بالشركة وتفرق الصفقة عليه اه سندى أى وتفرق الصفقة فى العين الواحدة يوجب الخيار وإن كان بعد تمام اه .

(٢) (قوله إن المتبايعين يصفق كفه الخ) هكذا بخطه ، ولعله سقط من قلمه لفظ أحد قبل قوله المتبايعين تأمل اه مصححه .

ثم يبيع الثوب مع الضيعة ثم المقر له يستحق الثوب المقر به فيبطل خيار المشترى للزوم تفريق الصفقة وهو لايجوز إلا فى الشفعة ولوالجية(١).

شرى شيئين وبأحدهما عيب ، إن قبضهما له رد المعيب وإلا لا لما مر.

الألف (قوله ثم يبيع الثوب مع الضيعة) أى ويسلمهما للمشترى لتتم الصفقة (قوله ثم المقر له يستحق الثوب) أى بإقامة البينة على إقرار البائع. والظاهر أن هذا مبنى على القول بأن الإقرار يفيد الملك للمقوله ، أما على المعتمد من عدمه فلا يحل ذلك ديانة ، فالأظهر فى الحيلة أن يبيع الثوب لإنسان ثم يبيعه من الضيعة تأمل (قوله للزوم تفريق الصفقة) لأنه لما قبض الثوب والضيعة (٢). تمت الصفقة ، وتفريقها بعد التمام لايجوز ، بخلاف مالوقبض أحدهما دون الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام كما فى الفتح . وفى الدرر من فصل الاستحقاق : ولا يثبت له خيار العيب هنا لأن استحقاق الثوب لايورث عيبا فى الضيعة ، بخلاف ما إذا كان المعقود عليه شيئا واحدا مما فى تبعيضه ضرر كالدار والعبد فإنه بالخيار ، إن شاء رضى بحصته من الثمن ، وإن شاء رد وكذا إذا كان المعقود عليه شيئين ، وفى الحكم كشىء واحدفاستحق أحدهما كالسيف بالغمدوالقوس بالوتر فله الخيار فى الباقى اهـ (قوله إلا فى الشفعة) ليس على إطلاقه لأن الشفيع لو أراد أخذ بعض المبيع وترك الباقى لم يملك ذلك جبرا على المشترى لضرر تفريق الصفقة ، وكذا لو كان المبيع دارين فى مصرين بيعتا صفقة واحدة ليس لشفيعهما أخذ إحداهما فقط إلا على قول زفر ، قيل وبه يفتى . أما لو كان شفيعا لإحداهما له أخذهاوحدها إحياء لحقه كما سيأتى فى بابها إن شاء الله تعالى . ففى الفرع الأخير تفريق الصفقة للضرورة ، وهذا هوالمراد من قول الشارح فى آخرالشفعة لو كانت دار الشفيع ملاصقة لبعض المبيع كان له الشفعة فيما لاصقه فقط ولوفيه تفريق الصفقة اهـ فالمراد ببعض المبيع إحدى الدارين كما قيده محشى الأشباه وغيره ، بخلاف الدار الواحدة والعلة ماذكرنا فافهم (قوله شرى شيئين) أى قيميين ، وهذه المسألة سيأتى تفصيلها فى الباب الآتى (قوله لما مر) أى قريبا من أن خيار العيب يمنع تمام الصفقة قبل القبض لابعده والله سبحانه وتعالى أعلم.

تم الجزء الرابع ، ويليه : الجزء الخامس ،
وأوله : باب فى خيار العيب

---

(١) (قول الشارح ولو الجية) ليس فى الولوالجية ما عزاه إليها ، وإنما فيها ما معناه أن استحقاق بعض المبيع المتعدد بعد القبض لا يوجب عيبا فى الباقى فليس للمشترى الرد بسبب الاستحقاق ، وهذا المعنى هو ما ذكره المحشى عن الدرر من فصل الاستحقاق وعبارة الولوالجية فى خيار الرؤية هكذا فههنا أربع مسائل : مسألة فى خيار الرؤية . ومسألة فى خيار الشرط . ومسألة فى خيار البيع . ومسألة فى خيار الاستحقاق ، وكل مسألة على ثلاثة أوجه : إما أن يكون قبل قبض جميع المبيع أو بعده أو بعد قبض البعض ، ثم قال بعدما ذكر تفاصيل الثلاث الأول . وفى المسألة الرابعة فى الوجه الأول والثالث للمشترى أن يرد مالم يستحق وله أن لا يرد لأن الصفقة تفرقت عليه قبل القبض. وفى الوجه الثانى ليس للمشترى خيار ، لأن الصفقة تفرقت عليه بعد التمام لأنها تفرقت عليه بعدالقبض إلا أن للمستحق الإجازة اهـ. وبهذا تعلم ما فى عبارة الشارح من عدم التحرير ، على أنه كما قال العلامة ط : لاضرر بتفريق الصفقة هنا ، لأنه لو ردها لأخذ المستحق المقر به له فهو على كل حال مأخوذ على أن ضرره جاء من جهة نفسه باقراره اهـ . وقد قال شيخنا أخذا من كلامهم : إن العبرة لما يتم فيه العقد حقيقة ، فكأن العقد لم يقع إلا على الضيعة فقط إذهى المملوكة له لاغير اهـ .

(٢) (قوله لأنه لما قبض الثوب والضيعة الخ) فى هذه العبارة نظر ظاهر لايخفى على المتأمل اهـ .

فهرست الجزء الرابع

من حاشية رد المحتار على الدر المختار

للعلامة السيد محمد أمين المعروف بابن عابدين

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

استدراك

ص	س	خطأ	صواب
٤٢٥	١٠	بالخانية	بالخيانة
٤٢٥	١١	نصيبه	نصبه
٤٢٧	٣	فى التفويص	فى التفويض
٤٣٠	١٣	أولى	أولى أى بلا تفصيل

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر
محمد محمود الحلبي وشركاه - خلفاء